

HOCHSCHULE FÜR ÖFFENTLICHE VERWALTUNG UND FINANZEN LUDWIGSBURG

Whistleblowing im öffentlichen Sektor

Master-Thesis

zur Erlangung des Grades eines
Master of Arts (M. A.)
im Master-Studiengang Public Management

vorgelegt von

Jan Gutjahr

Studienjahr 2012/2013

Erstgutachter: Prof. Dr. Volkmar Kese

Zweitgutachter: Ulrich Eberl, M. A.

Abstract

Whistleblowing – das Melden von innerbetrieblichen Missständen – liegt im öffentlichen Interesse und ist doch für Beamtinnen und Beamten aufgrund ihrer verfassungsrechtlichen Pflichtenbindung nach Art. 33 Abs. 5 GG besonders problematisch. Allerdings steht in der rechtspolitischen Diskussion des Phänomens Whistleblowing und in der Literatur die Gruppe der Beschäftigten im Fokus. Seitens der Fraktion der Grünen im Bundestag liegt nun erstmals ein Entwurf für ein Whistleblower-Schutzgesetz vor, welches auch Regelungen für Beamtinnen und Beamte enthält. Mit Hilfe von juristischen Auslegungsmethoden soll ermittelt werden, ob der Entwurf vorhandene Probleme verfassungskonform löst oder überarbeitet werden muss.

Inhaltsverzeichnis

Abstract.....	II
Inhaltsverzeichnis	III
Abkürzungsverzeichnis	VI
1 Einleitung	1
1.1 Problemaufriss	1
1.2 Erkenntnisleitendes Interesse und Zielsetzung	4
1.3 Methodeneinsatz und Aufbau der Arbeit.....	5
2 Phänomen Whistleblowing	6
2.1 Begriff Whistleblowing	7
2.1.1 Begriffsrezeption nach anglo-amerikanischem Vorbild.....	7
2.1.2 Probleme der deutschen Begriffsrezeption.....	10
2.2 Gesellschaftliche Relevanz	12
2.2.1 Exemplarische Fallbeispiele	13
2.2.2 Öffentliches Interesse	14
2.2.3 Wertewandel in Gesellschaft und Verwaltung	18
2.3 Rechtspolitische Fragestellungen.....	21
3 Rechtspolitische Analyse der Gesetzesinitiative von BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN für ein Whistleblower-Schutzgesetz	22
3.1 Anknüpfungspunkte der Gesetzesinitiative	22
3.2 Intention des Gesetzentwurfs	25
3.2.1 Schutz der Whistleblower.....	25
3.2.2 Transparenz, Publizität und Zivilcourage.....	26
3.2.3 Ziele des Anzeigerechts für Beamtinnen und Beamte.....	27
3.3 Zwischenergebnis	28

4	Rechtlicher Rahmen von Whistleblowing durch Beamtinnen und Beamte nach geltendem Recht	29
4.1	Die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums.....	29
4.1.1	Bedeutung der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums	29
4.1.2	Relevante Pflichten der Beamtinnen und Beamten	30
4.1.3	Der Fortentwicklungsauftrag	34
4.2	Die Geltung relevanter Grundrechte im Beamtenverhältnis.....	35
4.2.1	Das Sonderstatusverhältnis der Beamtinnen und Beamten	36
4.2.2	Die Meinungsfreiheit	37
4.2.3	Das Petitionsrecht	42
4.3	Möglichkeiten und Grenzen von Whistleblowing durch Beamtinnen und Beamte	46
4.3.1	Das Antrags- und Beschwerderecht	46
4.3.2	Ausnahmen von der Verschwiegenheitspflicht	49
4.3.3	Das Remonstrationsverfahren	57
4.4	Einfluss der Europäischen Menschenrechtskonvention	63
4.5	Zwischenergebnis	67
5	Rechtliche Bewertung des Anzeigerechts nach dem Entwurf des Whistleblower-Schutzgesetzes.....	68
5.1	Auslegung des Anzeigerechts	68
5.1.1	Anzeigen gegenüber einer zuständigen außerbehördlichen Stelle ..	68
5.1.2	Anzeigen gegenüber der Öffentlichkeit.....	72
5.2	Verhältnis zur sogenannten Flucht in die Öffentlichkeit	72
5.2.1	Begriff der Flucht in die Öffentlichkeit	72
5.2.2	Verfassungsrechtliches Spannungsverhältnis.....	74
5.2.3	Flucht in die Öffentlichkeit als Fallkonstellation des Anzeigerechts ..	
	77

5.3	Anzeigerecht und vorhandene Whistleblowing-Regelungen	79
5.4	Konformität mit höherrangigem Recht	80
5.5	Zwischenergebnis	82
6	Vorschlag zur systemkonformen Verankerung von Whistleblowing im Beamtenrecht.....	82
7	Gesamtergebnis und Ausblick.....	85
	Literaturverzeichnis	88

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
a. F.	alte Fassung
AO	Abgabenordnung
AP	Arbeitsrechtliche Praxis
Art.	Artikel
BAG	Bundesarbeitsgericht
BB	Betriebs Berater (Zeitschrift)
BBG	Bundesbeamtengesetz
Bd.	Band
BDHE	Sammlung der Entscheidungen des Bundesdisziplinarhofs
BeamtStG	Gesetz zur Regelung des Statusrechts der Beamtinnen und Beamten in den Ländern (Beamtenstatusgesetz)
BeamtStG-E	Beamtenstatusgesetz-Entwurf
BGB-E	Bürgerliches Gesetzbuch-Entwurf
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Sammlung der Entscheidungen des BVerfG
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Sammlung der Entscheidungen des BVerwG
bzw.	beziehungsweise
DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
DÖD	Der Öffentlich Dienst (Zeitschrift)
DÖV	Die öffentliche Verwaltung (Zeitschrift)
DVBbl.	Deutsches Verwaltungsblatt
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EMRK	Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten
f.	folgende Seite
ff.	folgende Seiten
Fn.	Fußnote

GemO	Gemeindeordnung für Baden-Württemberg
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
GKÖD	Gesamtkommentar Öffentliches Dienstrecht
GR-Charta	Grundrechtecharta der Europäischen Union
HFR	Humboldt Forum Recht (Internet-Zeitschrift)
HRA	Human Rights Act
Hrsg.	Herausgeber
Hs.	Halbsatz
HStR	Handbuch des Staatsrechts
i. V. m.	in Verbindung mit
i. S. v.	im Sinne von
JuS	Juristische Schulung (Zeitschrift)
JZ	Juristen Zeitung
KWG	Kreditwesengesetz
LBG	Landesbeamtengesetz
LPVG	Landespersonalvertretungsgesetz
Ls.	Leitsatz
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
NRV-Info	Neue Richtervereinigung, Landesinfo BW
NRW	Nordrhein-Westfalen
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
OVG	Oberverwaltungsgericht
PersV	Die Personalvertretung (Zeitschrift)
PIDA	Public Interest Disclosure Act
PwC	PricewaterhouseCoopers
RdA	Recht der Arbeit (Zeitschrift)
Rn.	Randnummer
Rs.	Rechtssache

S.	Seite
StGB	Strafgesetzbuch
USA	United States of America
Var.	Variante
VDW	Vereinigung Deutscher Wissenschaftler
vgl.	vergleiche
z. B.	zum Beispiel
ZBR	Zeitschrift für Beamtenrecht
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik

1 Einleitung

1.1 Problemaufriss

Mit seinem Urteil vom 21. Juli 2011 hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) der Diskussion des Phänomens „Whistleblowing“¹ in Deutschland neuen Auftrieb verliehen². Der EGMR stellte in dem Whistleblowing-Fall eine Verletzung der Meinungsäußerungsfreiheit nach Art. 10 der Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) fest³. Die Pflegerin Brigitte Heinisch hatte über einen Rechtsanwalt Strafanzeige gegen ihren Arbeitgeber erstattet, nachdem sie mehrfach auf schwerwiegende Pflegemängel hingewiesen hatte, diese jedoch nicht behoben wurden. Das Urteil wurde weit über den arbeitsrechtlichen Diskurs⁴ hinaus von den Medien⁵ und der Bundespolitik⁶ mit großem Interesse aufgenommen. Der Fall bestätigt die in der Literatur vertretende Auffassung, dass die Enthüllung von Missständen durch Bedienstete in Deutschland höchst brisant ist und sich teilweise in rechtlichen und

¹ Der Begriff Whistleblowing steht für die Enthüllung von Missständen innerhalb einer Organisation durch Mitglieder dieser Organisation gegenüber Verantwortlichen der Organisation (internes Whistleblowing) oder gegenüber zuständigen Stellen oder der Öffentlichkeit (externes Whistleblowing).

² Die rechtspolitische Debatte kam durch das Urteil wieder in Gang, nachdem im Jahr 2008 eine Gesetzesinitiative von drei Bundesministerien „für eine gesetzliche Verankerung des Informantenschutzes für Arbeitnehmer im Bürgerlichen Gesetzbuch“ gescheitert war (Deutscher Bundestag, Ausschussdrucksache 16(10)849).

³ EGMR, 21.07.2011, H. ./ Deutschland, Nr. 28274/08, Rd. 95.

⁴ Das Urteil wurde in der arbeitsrechtlichen Literatur ausführlich besprochen, z. B. Brors (2012), Hennemann (2012), Schlachter (2012), Seel (2012), Becker (2011).

⁵ Z. B. Hannes Heine: Urteil zur Meinungsfreiheit, Berliner Pflegerin durfte doch über Missstände reden, in: Der Tagesspiegel, 21.07.2011, <http://www.tagesspiegel.de/berlin/urteil-zur-meinungsfreiheit-berliner-pflegerin-durfte-doch-ueber-missstaende-reden/4417624.html> [19.12.2012]; Heribert Prantl: EGMR-Urteil, Ein Fall von couragierter Kümmerei, in: Süddeutsche.de, 21.07.2011 <http://www.sueddeutsche.de/karriere/egmr-urteil-ein-fall-von-couragierter-kuemmerei-1.1123118> [19.12.2012]; Gericht schützt Meinungsfreiheit von Arbeitnehmern, in: Zeit Online, 21.07.2011, <http://www.zeit.de/politik/deutschland/2011-07/menschenrechte-arbeitnehmer-meinungsfreiheit> [19.12.2012]; Urteil zu Tippgebern, Arbeitnehmer dürfen Missstände öffentlich machen, in: Spiegel Online, 21.07.2011, <http://www.spiegel.de/wirtschaft/soziales/urteil-zu-tippgebern-arbeitnehmer-duerfen-missstaende-oeffentlich-machen-a-775699.html> [19.12.2012].

⁶ So wurde z. B. in der Beratung des Antrags der Fraktion Die Linke, Drucksache 17/6492, am 30.09.2011 (Deutscher Bundestag, Plenarprotokoll 17/131, S. 15554 ff.) und in der ersten Beratung des von der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN eingebrachten Entwurfs eines Whistleblower-Schutzgesetzes, Drucksache 17/9782, am 14. Juni 2012 (Deutscher Bundestag, Plenarprotokoll 17/184, S. 21965 ff.) auf diesen Fall Bezug genommen.

moralischen Grauzonen bewegt⁷. So gelten Whistleblower für Personen außerhalb der jeweiligen Organisation oft als Helden mit Zivilcourage, während sie von Vorgesetzten und Kollegen eher als Verräter angesehen werden⁸. Es besteht ein Widerspruch zwischen der positiven medialen Aufmerksamkeit und der Ablehnung, die Hinweisgebern im direkten Arbeitsumfeld entgegengebracht wird⁹. So wird auch die rechtspolitische Debatte über die Zulässigkeit von Whistleblowing und den Schutz von Whistleblowern teils nicht mit rationalen Argumenten, sondern mit Schlagwörtern wie „Denunziantentum“ auf der einen Seite oder übertriebenen Idealvorstellungen auf der anderen Seite geführt¹⁰. Der Thematik wohnt damit nicht nur eine juristische, sondern auch eine gesellschaftspolitische und ethische Brisanz inne¹¹.

Während Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in der rechtspolitischen Diskussion um Whistleblowing im Fokus stehen, finden Beamtinnen und Beamte diesbezüglich wenig Beachtung¹². Dabei erscheint gerade die Einbeziehung von Beamtinnen und Beamten in die Debatte besonders relevant. Aufgrund von Art. 33 Abs. 5 Grundgesetz (GG) besteht bei dieser Berufsgruppe eine starke verfassungsrechtliche Pflichtenbindung. So unterliegen Beamtinnen und Beamte einer gesteigerten Loyalitätspflicht¹³. Weiterhin sind bei ihnen grundrechtliche Freiheiten, wie die Meinungsfreiheit, wegen ihres Sonderstatusverhältnisses¹⁴ eingeschränkter als bei Beschäftigten. Das besondere Treueverhältnis zu ihren Dienstherrn sowie ihre gesetzlich statuierten Dienstpflichten stehen der

⁷ Faust (2009), S. 22.

⁸ Briegel (2009), S. 3 f.

⁹ Düsel (2009), S. 22.

¹⁰ Király (2012), S. 236.

¹¹ Becker (2012), S. 14.

¹² Ein aktueller Entwurf eines Hinweisgeberschutzgesetzes der SPD-Bundestagsfraktion (Deutscher Bundestag, Drucksache 17/8567) bezieht Beamte genauso wenig mit ein, wie die vorhergehende Gesetzesinitiative von drei Bundesministerien aus dem Jahr 2008 (Deutscher Bundestag, Ausschussdrucksache 16(10)849) und der Antrag des Landes Berlin zum Informantenschutz (Bundesrat, Drucksache 534/11). Lediglich die Bundestagsfraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN hat in ihrem Entwurf eines Whistleblower-Schutzgesetzes (Deutscher Bundestag, Drucksache 17/9782) Regelungen für Beamtinnen und Beamte vorgesehen. Auch in der Literatur werden Beamte und Whistleblowing kaum zusammen diskutiert. Lediglich Andrei Király (2010) widmet sich in seinem Aufsatz explizit und ausschließlich dem Beamten als Whistleblower. Corinna Nadine Schulz stellte 2008 bereits fest, dass es in der Literatur kaum Hinweise auf die rechtliche Lage von Beamtinnen und Beamten gibt und zog diese in ihre Untersuchung mit ein, Schulz (2008), S. 59.

¹³ Graser (2000), S. 150, m. w. N.

¹⁴ Zum Sonderstatusverhältnis Stefan Werres (2011a), Rn. 204 ff. m. w. N.

Einbeziehung anderer Behörden oder der Öffentlichkeit bei erkannten oder vermuteten Missständen regelmäßig entgegen¹⁵. Bei ihnen wird damit ein Verstoß gegen eine Dienstpflicht schneller vorliegen als bei Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern¹⁶. Wendet sich eine Beamtin oder ein Beamter z. B. an eine außerdienstliche Öffentlichkeit, zieht die Rechtsprechung die Grundsätze der sogenannten „Flucht in die Öffentlichkeit“ heran. Dabei werden beamtenrechtliche Pflichten gegen das Grundrecht der Meinungsäußerungsfreiheit abgewogen. Da es sich um eine Einzelfallabwägung handelt und die Meinungsäußerungsfreiheit meist nicht als überwiegend angesehen wird, besteht für die Betroffenen eine erhebliche Rechtsunsicherheit.¹⁷

Neben diesen besonderen verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen bestehen des Weiteren drei beamtenspezifische Regelungen, die einen Bezug zu Whistleblowing aufweisen. Mit § 37 Abs. 2 Nr. 3 Beamtenstatusgesetz (BeamStG) besteht zum einen eine Ausnahme von der Verschwiegenheitspflicht hinsichtlich des Anzeigens von einigen Korruptionsstraftaten. Weiterhin können Beamtinnen und Beamte von einem dienstweggebundenen Antrags- und Beschwerderecht nach § 49 Landesbeamtengesetz (LBG) Gebrauch machen. Als weitere beamtenspezifische Regelung haben Beamtinnen und Beamten nach § 36 Abs. 2 BeamStG die das Recht und die Pflicht, Bedenken gegen die Rechtmäßigkeit dienstlicher Anordnungen gegenüber dem Vorgesetzten geltend zu machen (Remonstration). Während die Ausnahme von der Verschwiegenheitspflicht einen sehr engen Anwendungsbereich hat, begrenzt die Dienstwegbindung beim Antrags- und Beschwerderecht sowie bei der Remonstration die Möglichkeit erfolgreich und ohne großes persönliches Risiko auf Missstände im öffentlichen Sektor hinweisen zu können. So erscheinen beide Instrumente wenig zielführend, sofern z. B. die Verantwortlichen auf dem Dienstweg selbst in die Unregelmäßigkeiten verwickelt sind. Allgemein liegt die Vermutung nahe, dass Beamtinnen und Beamte Missstände in ihrem beruflichen

¹⁵ Király (2012), S. 236. Vgl. §§ 3 Abs. 1, 34 Satz 3, 34 Satz 1 und 37 Abs. 1 Satz 1 BeamStG sowie § 49 LBG.

¹⁶ Schulz (2008), S. 107.

¹⁷ Deiseroth (2004), S. 301; Hans-Dietrich Weiß (1984), S. 129 sieht ebenfalls vielfach Rechtsunsicherheiten bestehen und bezeichnet den Vorgang „Flucht in die Öffentlichkeit“ als ein sehr schwieriges Problem.

Umfeld oftmals nicht melden, um persönliche Nachteile zu vermeiden. Dadurch können Individualrechtsgüter¹⁸ und Rechtsgüter¹⁹ der Allgemeinheit²⁰ beeinträchtigt werden. Die Bürgerinnen und Bürger erwarten jedoch mündige Beamtinnen und Beamte, die gegen Missstände in ihren Verwaltungen angehen und das Gemeinwohl vor das kurzfristige Interesse stellen, den guten Ruf einer einzelnen öffentlichen Organisation zu wahren.

1.2 Erkenntnisleitendes Interesse und Zielsetzung

Aufgrund dieser besonderen Problemlagen richtet die Arbeit den Fokus auf Whistleblowing durch Beamtinnen und Beamte. Diesbezüglich soll herausgearbeitet werden, ob ein Bedarf an einer gesetzlichen Whistleblowing-Regelung für Beamtinnen und Beamte besteht. Hierfür soll zunächst geklärt werden, ob es sich bei „Whistleblowing“ um ein ganz neues Phänomen handelt oder Anknüpfungspunkte vorhanden sind. Zur Beantwortung der Frage, ob gesetzgeberischer Handlungsbedarf besteht, sollen daneben rechtliche und tatsächliche Probleme herausgearbeitet werden, auf welche Beamtinnen und Beamte beim Anzeigen von Missständen stoßen können. Weiterhin soll dargestellt werden, welchen Nutzen eine Whistleblowing-Regelung für die Gesellschaft haben könnte.

Einen gesetzgeberischen Handlungsbedarf sieht die Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN im Bundestag. Mit ihrem Entwurf eines Gesetzes zur Förderung von Transparenz und zum Diskriminierungsschutz von Hinweisgeberinnen und Hinweisgebern (Whistleblower-Schutzgesetz)²¹ haben die Grünen erstmals einen Regelungsvorschlag zum Phänomen Whistleblowing in die rechtspolitische Diskussion eingebracht, welcher ein spezielles Anzeigerecht bei rechtswidrigen Diensthandlungen für Beamtinnen und Beamte vorsieht. Die Bewertung dieses

¹⁸ Beispielsweise die Freiheit, die Ehre, die Geheimsphäre, die körperliche Unversehrtheit und das Eigentum, Krey/Esser (2011), Rn. 6.

¹⁹ Das sind Lebensgüter, Sozialwerte und rechtlich anerkannte Interessen, die für den Einzelnen oder die Allgemeinheit nützlich sind, Krey/Esser (2011), Rn. 6.

²⁰ Beispielsweise die Lauterkeit des öffentlichen Dienstes und das Vertrauen der Bürgerinnen und Bürger in diese Lauterkeit und Umweltmedien wie Wasser, Luft und Boden, Krey/Esser (2011), Rn. 6.

²¹ Deutscher Bundestag, Drucksache 17/9782.

Vorschlags der Grünen stellt eine weitere Zielsetzung der Arbeit dar. In rechtspolitischer Hinsicht soll dabei der Frage nachgegangen werden, aus welchen Gründen die Bundestagsfraktion den Gesetzentwurf erarbeitet hat und welche Wirkungen mit dem Gesetz beabsichtigt sind bzw. welche Probleme damit gelöst werden sollen. Aus juristischer Sicht soll untersucht werden, welche Auswirkungen das Whistleblower-Schutzgesetz der GRÜNEN hätte. Im Hinblick darauf soll die Frage beantwortet werden, ob sich der Gesetzentwurf in den bestehenden Rechtsrahmen einfügt. In diesem Zusammenhang soll untersucht werden, inwieweit Whistleblowing durch Beamtinnen und Beamte nach geltender Rechtslage bereits möglich ist und wo dies zu Problemen führt. Dabei soll der Frage nachgegangen werden, inwieweit der Gesetzentwurf diese Probleme aufgreift und verfassungskonform löst. Schließlich soll ein Vorschlag für eine systemkonforme und angemessene Whistleblowing-Regelung für Beamtinnen und Beamte entwickelt werden.

Zusammengefasst soll der Frage nachgegangen werden, ob hinsichtlich von Whistleblowing durch Beamtinnen und Beamte ein gesetzgeberischer Handlungsbedarf besteht und der Gesetzentwurf der Bundestagsfraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN diesbezüglich eine verfassungskonforme Lösung, welche sich in das bestehende Dienstrecht einfügt, bietet oder der Gesetzentwurf überarbeitungsbedürftig ist.

1.3 Methodeneinsatz und Aufbau der Arbeit

Anlass der nachfolgenden Betrachtungen ist der Entwurf des Whistleblower-Schutzgesetzes. Die Gesetzesinitiative greift das Phänomen „Whistleblowing“ auf und möchte dieses gesetzgeberisch gestalten. Nach einer begrifflichen Klärung und der Herausarbeitung der gesellschaftlichen Relevanz von Whistleblowing werden rechtspolitische Fragen an den Gesetzentwurf gerichtet. Anschließend wird dargestellt, an welche Entwicklungen das Whistleblower-Schutzgesetz anknüpft und was es bewirken soll.

Sodann wird der verfassungs- und dienstrechtliche Rahmen von Whistleblowing durch Beamtinnen und Beamte untersucht. Zunächst werden dabei Inhalt und Bedeutung der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums aufgezeigt. Weiter wird der Geltungsumfang der Meinungsfreiheit und des Petitionsrechts im Beamtenverhältnis mit Hilfe von allgemeinen Grundsätzen der Verfassungenauslegung abgesteckt.

Unter Verwendung der klassischen Auslegungsmethoden nach dem Wortlaut, der Systematik, der Entstehungsgeschichte und dem Sinn und Zweck sowie der verfassungsfreundlichen Auslegung werden bestehende gesetzliche Regelungen darauf untersucht, inwieweit diese Whistleblowing durch Beamtinnen und Beamte ermöglichen oder einschränken. Anschließend wird der Einfluss der EMRK bei der Auslegung des deutschen Rechts, insbesondere anhand des Falles Heinisch ./ Deutschland, und deren Bedeutung für die Schaffung und Bewertung von Whistleblowing-Regelungen für Beamtinnen und Beamte herausgearbeitet.

Folgend wird das im Gesetzentwurf vorgesehene Anzeigerecht einer rechtlichen Bewertung unterzogen. Dabei wird es zunächst ausgelegt, um dessen Regelungsinhalt näher zu ergründen und damit auch Auswirkungen des Gesetzes erkennen zu können. Anschließend wird die sog. „Flucht in die Öffentlichkeit“ dargestellt und geprüft, ob sich das Anzeigerecht unter deren Tatbestandsvoraussetzungen subsumieren lässt. Sodann wird auf das Verhältnis und die Wechselwirkungen zwischen dem Anzeigerecht und den vorhandenen Whistleblowing-Regelungen eingegangen. Abschließend erfolgt anhand der vorausgehenden Erkenntnisse eine Beurteilung, ob das Anzeigerecht verfassungskonform ist. Zuletzt wird unter Berücksichtigung der vorhergehenden Ergebnisse der Untersuchung ein Vorschlag für eine systemkonforme und angemessene Whistleblowing-Regelung für Beamtinnen und Beamte unterbreitet.

2 Phänomen Whistleblowing

In den sechziger und siebziger Jahren häuften sich in den USA bekannt gewordene Fälle, in denen Beschäftigte auf Missstände in ihren Organisationen

aufmerksam gemacht hatten²². Im Laufe der Zeit setzte sich die Erkenntnis durch, dass Whistleblowing für die Allgemeinheit und teilweise auch für die betroffenen Organisationen von großer Nützlichkeit sein kann. Aus diesem Grund wurden Regeln formuliert, die Whistleblower vor Nachteilen schützen bzw. teilweise sogar belohnen sollen. Eine Besonderheit des amerikanischen Rechtsdenkens, wonach zur Rechtsdurchsetzung prinzipiell die Bereitschaft der Bürgerschaft besteht, nicht allein auf staatliches Engagement zu setzen, sondern sich aktiv an der Aufdeckung und Verfolgung von Gesetzesverstößen zu beteiligen (private law enforcement), förderte die Akzeptanz von Whistleblowing.²³ Seit Mitte der 1980er führte in England eine Serie von schweren Unfällen dazu, dass die Problematik einer präventiven Informationsweitergabe und deren Förderung das allgemeine Bewusstsein erreichte. Denn die Unfälle beruhten meist auf der Verletzung von Sicherheitsbestimmungen, welche in fast allen Fällen den Beschäftigten der betroffenen Unternehmen bekannt gewesen waren, aber aus Angst vor Sanktionen nicht aufgedeckt wurden.²⁴ So ist Whistleblowing in vielen anglo-amerikanischen Ländern zum festen Bestandteil des Rechts und der politischen Kultur geworden²⁵.

2.1 Begriff Whistleblowing

2.1.1 Begriffsrezeption nach anglo-amerikanischem Vorbild

Der Begriff „Whistleblowing“ ist in den USA seit Jahrzehnten bekannt²⁶. Er leitet sich von „to blow the whistle on somebody/something“²⁷ ab.²⁸ Wörtlich übersetzt ist ein „Whistleblower“ eine Person, die mit einer Trillerpfeife Alarm schlägt²⁹.

In der deutschen Literatur werden in Anlehnung an die Begriffsbestimmung anglo-amerikanischer Quellen verschiedene Definitionen von Whistleblowing

²² Schulz (2008), S. 29.

²³ Ogorek (2005), S. 541 ff. m. w. N.

²⁴ Ogorek (2005), S. 543.

²⁵ Schulz (2008), S. 25.

²⁶ Schulz (2008), S. 29.

²⁷ Über Jemanden/etwas auspacken.

²⁸ Düsel (2009), S. 26.

²⁹ Deutscher Bundestag, Wissenschaftliche Dienste, Nr. 06/09, 21.01.2009, S. 1.

vertreten. Einige Elemente werden jedoch von nahezu allen Autoren angeführt. So kann von Whistleblowing gesprochen werden, wenn

- aus dem Arbeitsumfeld innerhalb einer Organisation
- ein Missstand³⁰ (illegale oder illegitime³¹ Verhaltensweisen)
- von einem Mitglied der Organisation
- intern oder extern³² gegenüber Personen oder Stellen, welche in der Lage sind, den Missstand abzustellen, oder gegenüber der Öffentlichkeit aufgedeckt wird³³.

Teilweise wird explizit gefordert, dass der Whistleblower nicht selbst in der Lage bzw. verantwortlich sein darf, den Missstand zu beenden, und dass der Zweck der Offenbarung dessen Behebung sein muss. Diese Anforderungen dürften aber in den oben genannten Punkten mit eingeschlossen sein. In der Literatur bestehen verschiedene Auffassungen, ob auch von internem Whistleblowing gesprochen werden kann, wenn der Dienstweg eingehalten wird³⁴. In dieser Untersuchung soll von einer weiten Interpretation des Begriffs Whistleblowing ausgegangen werden. Anstatt internes Whistleblowing per Definition auf Meldungen außerhalb des Dienstwegs zu begrenzen, soll zwischen Whistleblowing auf dem und außerhalb des Dienstwegs differenziert werden. Ebenfalls umstritten ist, ob von Whistleblowing nur dann gesprochen werden kann, wenn die Hinweisgeber primär uneigennützige Motive verfolgen und dabei schwerwiegende Nachteile für

³⁰ Dieter Deiseroth bezeichnet dies als „brisante Enthüllung“, also das Aufdecken von gravierendem Fehlverhalten, schwerwiegenden Missständen oder Fehlentwicklungen, Deiseroth (2004), S. 296.

³¹ Begrifflich sind sowohl Verstöße gegen Normen als auch Verstöße gegen die Moral unter Whistleblowing einzuordnen, Schulz (2008), S. 46 unter Hinweis auf Near/Miceli (1985), S. 1,4.

³² Beim internen Whistleblowing verbleiben die Informationen innerhalb der Organisation. Die Meldung erfolgt gegenüber dem Arbeitgeber bzw. einer von ihm bestimmten Stelle. Externes Whistleblowing erfolgt z. B. gegenüber Behörden oder Medien, Groneberg (2011), S. 36.

³³ Vgl. Leisinger (2003), S. 27-30 und 57; Briegel (2009), S. 14-18; Donato (2009), S. 10 f., Groneberg (2011), S. 35; Dieter Deiseroth spricht von „Alarmschlagen“, Deiseroth (2004), S. 296.

³⁴ Klaus Leisinger (2003), S. 28 und 57, geht in Anlehnung an R. T. De George (1993), S. 1276, davon aus, dass die Berichterstattung beim Whistleblowing in der Regel außerhalb des Dienstwegs erfolgt. Gleichwohl schließt er den Dienstweg nicht aus, Leisinger (2003) S. 67. Thorsten Briegel sieht nicht, dass Kommunikation über den üblichen Dienstweg eine Form von Whistleblowing sein könnte, Briegel (2009), S. 17. Anders beurteilen dies Jessica Donato (2009), S. 14 und Thomas Faust (2009), S. 23, welche institutionalisierte interne Whistleblowing-Systeme dem Dienstweg zurechnen.

sich in Kauf nehmen³⁵. Für Dieter Deiseroth sind dies wichtige Kriterien, damit von Whistleblowing gesprochen werden kann³⁶. Thorsten Briegel legt überzeugend dar, weshalb die Voraussetzung altruistischer Motive abgelehnt werden kann³⁷. Zum einen können die Motive eines Hinweisgebers von anderen Menschen nur sehr bedingt nachvollzogen werden, zum anderen sind diese für das Ergebnis meist auch nicht relevant³⁸. Verlangt man rein altruistische Beweggründe, birgt dies zudem die Gefahr, Whistleblowing moralisch zu überhöhen und Anforderungen an die Person des Whistleblowers zu stellen, welchen dieser kaum gerecht werden kann³⁹. Weiterhin sollte bedacht werden, dass Whistleblowing heute in Deutschland oftmals mit Risiken bzw. Nachteilen für Hinweisgeberinnen und Hinweisgeber verbunden sein mag. Als Voraussetzung sollte dies jedoch nicht formuliert werden, da es für die Zukunft erstrebenswert scheint, dass Whistleblowing rechtlich so verankert ist und auch gelebt wird, dass Nachteile in der Regel nicht mehr zu befürchten sind. Dennoch sollte man auch dann noch von Whistleblowing sprechen können. Für die Bestimmung des Begriffs „Whistleblowing“ soll es in dieser Untersuchung daher nicht auf die Motive und die Gefahr persönlicher Nachteile des Whistleblowers ankommen⁴⁰.

³⁵ Die Vereinigung Deutscher Wissenschaftler e. V. (VDW), welche im Zweijahresturnus den Whistleblower-Preis vergibt, sieht nur Personen, welche diese zusätzlichen Kriterien erfüllen, als Whistleblower an, Deiseroth/Falter (2006), S. 158; Leisinger formuliert: „Das Motiv zum Handeln ist gemeinwohlorientiert und dient nicht primär eigenen materiellen Vorteilen.“, Leisinger (2003), S. 57; Jessica Donato möchte die Aussage, dass Whistleblower aus primär altruistischen Motiven handeln, hingegen nicht verallgemeinert stehen lassen, Donato (2009), S. 15.

³⁶ „[...] liegt Whistleblowing nur dann vor, wenn es aus primär uneigennützigen Motiven erfolgt [...], die am Schutz gewichtiger Rechtsgüter orientiert sind. [...] schließlich nimmt der/die Whistleblower/in in Kauf, dass sein/ihr Alarmschlagen mit erheblichen Risiken und/oder Nachteilen für die eigene berufliche Karriere oder die persönliche Existenz [...] verbunden ist [...]“, Deiseroth (2004), S. 297.

³⁷ Briegel (2009), S. 17 f.

³⁸ Király (2010), S. 896, welcher darauf abstellt, dass für die Korruptionsbekämpfung der Informationsgehalt der Hinweise wichtig ist, nicht aber die Beweggründe des Hinweisgebers.

³⁹ Schulz (2008), S. 52.

⁴⁰ Auch Groneberg schließt sich der engen Definition, wonach primär altruistische Motive zu fordern sind, nicht an, Groneberg (2011), S. 35.

2.1.2 Probleme der deutschen Begriffsrezeption

Bei der Übertragung und Einpassung des anglo-amerikanischen Begriffs „Whistleblowing“ in die deutsche Rechtssprache müssen zunächst Unterschiede zwischen dem anglo-amerikanischen und dem deutschen Rechtskreis berücksichtigt werden. Den Begriff „Whistleblowing“ findet man in Deutschland seit den 90er Jahren in der Literatur⁴¹. Doch auch bevor sich dieser in Deutschland etabliert hat, wurden Probleme, die damit in Verbindung stehen bereits diskutiert. So nahmen z. B. Klaus Dammann und Martin Kutscha 1977 mehrere öffentlich bekannt gewordene Reaktionen von Behörden auf kritische Äußerungen von Beamten zum Anlass, unter anderem Umfang und Grenze der Meinungsfreiheit im Beamtenverhältnis zu beleuchten⁴². Ein zentraler Begriff im deutschen Beamtenrecht ist in diesem Zusammenhang die sog. „Flucht in die Öffentlichkeit“. Der Begriff meint das Veröffentlichen von Missständen aus dem dienstlichen Bereich bzw. die öffentliche Kritik an diesen Missständen durch Beamtinnen und Beamten⁴³. Diese Umschreibung lässt sich unter dem breiten Begriff des „Whistleblowings“ subsumieren. An diesem Beispiel zeigt sich ein Problem, das vor allem bei der Einpassung des anglo-amerikanischen Begriffs „Whistleblowing“ in das Beamtenrecht besteht. Denn in Deutschland ist die Institution des Berufsbeamtentums eng mit der Verfassungstradition verknüpft, was auf den öffentlichen Dienst im anglo-amerikanischen Rechtskreis nicht zutrifft.⁴⁴ In der deutschen und kontinentaleuropäischen rechtsstaatlichen Tradition steht dabei z. B. das Prinzip des Amtsgeheimnisses bzw. der Geheimhaltungsgrundsatz, während in den USA ein konträres Prinzip durch den Freedom of Information Act verwirklicht ist⁴⁵. In Deutschland muss auch die starke Verfassungsbindung des Beamtentums berücksichtigt werden. So stellt die sogenannte „Flucht in die Öffentlichkeit“ regelmäßig ein Dienstvergehen aufgrund von verfassungsrechtlichen Pflichtenbindungen der Beamtinnen und Beamten dar. Somit kann über Teilaspekte von Whistleblowing, welche mit dem

⁴¹ Schulz (2008), S. 34 m. w. N.

⁴² Dammann/Kutscha (1977), S. 48.

⁴³ Dammann/Kutscha (1977), S. 52.

⁴⁴ Vgl. Beilke (2011), S. 61.

⁴⁵ Battis (2009), § 67 Rn. 3; GKÖD Bd. II, J 530 Rn. 8, wonach in Deutschland ein Geheimhaltungsprinzip mit Öffentlichkeitsvorbehalt und in den USA ein Öffentlichkeitsprinzip mit Geheimhaltungsvorbehalt herrscht.

deutschen Verfassungsrecht nicht vereinbar sind, kein freier politischer bzw. gesellschaftlicher Diskurs mit dem Ziel einer entsprechenden gesetzlichen Regelung geführt werden.

Weiterhin wird die Begriffsrezeption von unterschiedlichen Wertvorstellungen beeinflusst. Nach traditioneller Bewertung ist „Verpfeifen“ kein sozial anerkanntes Verhalten. Es wird mit Illoyalität und Verrat assoziiert und geht regelmäßig mit Ablehnung einher.⁴⁶ Auch wird in Deutschland teilweise ein Bezug zwischen „Whistleblowing“ / „Whistleblower“ und „Denunziantentum“ / „Denunziant“ hergestellt. So betitelte beispielweise Jobst-Hubertus Bauer den Entwurf einer Whistleblowing-Regelung für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer⁴⁷ mit „Gesetz zur Förderung des Denunziantentums“⁴⁸. Solche pauschalen Abwehrhaltungen erklären sich vermutlich aus den äußerst negativen geschichtlichen Erfahrungen mit dem Denunziantentum während des NS-Regimes und dem Spitzelwesen der ehemaligen DDR⁴⁹. Während „to blow the whistle on ...“ als Begriff weder positiv noch negativ besetzt ist, sind die sprachlichen Übertragungen ins Deutsche wie „denunzieren“, „verpfeifen“, „anschwärzen“ oder „verpetzen“ negativ konnotiert⁵⁰.

Begünstigt wird die Übernahme des englischen Begriffs „Whistleblowing“ in der deutschen Literatur, weil in der deutschen Sprache kein entsprechendes Wort vorhanden ist, welches das Phänomen „Whistleblowing“ in seiner Bandbreite erfassen kann⁵¹. Für die Umschreibung des Phänomens und der entsprechenden Debatte erscheint der englische Begriff geeignet. Für die Aufnahme in einen Normtext oder der Diskussion von spezifischen Fallkonstellationen ist er jedoch zu allgemein und mit zu vielen Unterschieden im Verständnis behaftet. Im Kontext von Whistleblowing kann allerdings an dem in der deutschen

⁴⁶ Ogorek (2005), S. 539 f.

⁴⁷ Siehe Fußnote 2.

⁴⁸ Bauer (2008), Editorial.

⁴⁹ Tinnefeld/Rauhofer (2008), S. 721.

⁵⁰ Ogorek (2005), S. 541.

⁵¹ Vgl. Groneberg (2011), S. 35 m. w. N.

Rechtssprache etablierten und neutral konnotierten Begriff der „Anzeige“⁵² angeknüpft werden. So sprechen auch die Gesetzentwürfe der SPD-Bundestagsfraktion und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN von einem „Anzeigerecht“, welches gesetzlich verankert werden soll. „Whistleblower“ übersetzen sie in diesem Zusammenhang mit „Hinweisgeber“. ⁵³

In Deutschland ist seit einigen Jahren auch zu beobachten, dass in bestimmten Kontexten dieses Anzeigen auch als sittlich hochstehend bewertet wird und die Auffassung vertreten wird, dass der Anzeigende vor rechtlichen Nachteilen geschützt werden soll. Diese Einsicht wurde aus dem anglo-amerikanischen Raum übernommen und gilt vor allem dann, wenn durch die Intervention ein schweres, für die Allgemeinheit schädliches Fehlverhalten von Behörden oder Unternehmen aufgedeckt wird.⁵⁴

2.2 Gesellschaftliche Relevanz

In Deutschland wurde und wird aber teilweise die gesellschaftliche Bedeutung von Whistleblowing immer noch nicht gesehen. Die Thematik interner und externer Meldungen von Missständen durch Beschäftigte wird traditionell beim Kündigungsschutzrecht verortet. Lange sah man es dabei nicht als erforderlich an, die anglo-amerikanische Rechtsentwicklung aufzugreifen. Begründet wurde dies mit der Auffassung, das deutsche Arbeitsrecht garantiere bereits eine interessensgerechte Rechtsreaktion, weil im Kündigungsschutzprozess die Interessen von Arbeitgebern und Arbeitnehmern ausreichend abgewogen würden. Das wird der Whistleblowing-Problematik allerdings nicht gerecht. Denn das Typische beim Whistleblowing ist, dass öffentliche Interessen bzw. Interessen des Gemeinwohls betroffen sind.⁵⁵

⁵² So enthält z. B. § 138 StGB eine Anzeigepflicht bei bestimmten Straftaten. § 116 AO verpflichtet Gerichte und Behörde, Hinweise auf Steuerstraftaten anzuzeigen.

⁵³ Deutscher Bundestag, Drucksachen 17/8567 und 17/9782.

⁵⁴ Ogorek (2005), S. 541.

⁵⁵ Ogorek (2005), S. 449 f.

2.2.1 Exemplarische Fallbeispiele

Das sollen einige Fallbeispiele aus Deutschland verdeutlichen. Das BAG hatte erstmals 1959 über einen Whistleblowerfall zu entscheiden, wenngleich dieser Begriff damals noch nicht existierte. Ein Angestellter eines Speditionsunternehmens hatte dieses wegen systematischer Verstöße gegen güterfernverkehrsrechtliche Bestimmungen angezeigt und wurde fristlos entlassen. Die Abwägung der Rechte und Pflichten auf Arbeitnehmer- und Arbeitgeberseite fiel zugunsten der Loyalitätsinteressen aus⁵⁶. Regina Ogorek sieht darin einen auf die rein arbeitsrechtlichen Perspektiven eingeeengten Tunnelblick, der keinen Gedanken auf die beteiligten öffentlichen Interessen verwendet⁵⁷.

Das Bundesverfassungsgericht entschied 1970 über den Fall eines Angestellten des Bundesamtes für Verfassungsschutz, der vom Bundesgerichtshof wegen vorsätzlicher Verletzung der Amtsverschwiegenheit zu einer Gefängnisstrafe von vier Monaten zur Bewährung verurteilt worden war. Der Angestellte hatte im Jahr 1963 zunächst seinen Anwalt und später auch die Presse über nicht verfassungsgemäße Maßnahmen der Post- und Fernsprechüberwachung informiert. Das Bundesverfassungsgericht bestätigte das Urteil des Bundesgerichtshofs mit der Begründung, dass Angestellte wie Beamte zunächst alle nach der Organisation des demokratischen Rechtsstaates zur Verfügung stehenden Abhilfemöglichkeiten ausschöpfen müssten, bevor sie die Öffentlichkeit unterrichten dürften.⁵⁸

Der LKW-Fahrer Miroslav Strecker deckte im August 2007 einen „Gammelfleischskandal“ auf. Er alarmierte die Polizei, nachdem er bemerkte, dass seine Ladung – nicht für den menschlichen Verzehr geeignetes Fleisch – von einer Wurst- und Fleischfabrik weiterverarbeitet werden sollte. Zunächst wurde

⁵⁶ Schulz (2008), S. 35; BAG, Urteil vom 5.2.1959, NJW 1961, S. 44 ff.

⁵⁷ Ogorek (2005), S. 551 f.

⁵⁸ BVerfGE 28, S. 191, 192 f., 202 f.; Schulz (2008), S. 37 f.

berichtet, seine Vorgesetzten hätten ihn für sein Verhalten gelobt, später sah sich Herr Strecker informellen Sanktionen seines Arbeitgebers ausgesetzt.⁵⁹

2009 erhielten Rudolf Schmenger und Frank Wehrheim den Whistleblowerpreis der Vereinigung Deutscher Wissenschaftler (VDW). Die beiden ehemaligen Steuerfahnder am Finanzamt Frankfurt V kritisierten zunächst intern eine Amtsverfügung, wonach ein steuerstrafrechtlicher Anfangsverdacht bei Geldtransfers ins Ausland in der Regel nur noch bei Summen über 300.000 € je Einzeltransfer angenommen werden sollte. Niedrigere Beträge sollten durch die Steuerfahndung nicht mehr bearbeitet werden. Rudolf Schmenger und Frank Wehrheim sahen die Gefahr, dass erhebliche Steueransprüche verloren gingen und dadurch auch der Gleichheitsgrundsatz der Besteuerung verletzt werde. Sie machten von ihrem Recht und ihrer Pflicht zur Remonstration Gebrauch, was von ihrem Dienstherrn mit Repressalien beantwortet wurde. Herr Schmenger wurde letztendlich mithilfe eines psychiatrischen Gutachtens aufgrund von Dienstunfähigkeit „zwangspensioniert“.⁶⁰

2.2.2 Öffentliches Interesse

Solche Fälle zeigen immer wieder die Nützlichkeit und Wichtigkeit, welche Whistleblowing für die Allgemeinheit und teils auch für die betroffene Organisation haben kann. Denn es sind nicht nur die individuellen Interessen des Whistleblowers und seines Arbeitgebers betroffen. Information über potentielle Gefährdungen von Gesundheit und der Umwelt oder eine wirksame Strafverfolgung liegen auch im Interesse der Öffentlichkeit⁶¹. In diesem Kontext

⁵⁹ Gammelfleisch in Bayern, Ekelfleisch-Ladung wurde im Internet gebucht, in: Augsburger Allgemeine vom 29. August 2007, abrufbar unter: <http://www.augsburger-allgemeine.de/bayern/Ekelfleisch-Ladung-wurde-im-Internet-gebucht-id2908941.html> [19.12.2012]; Zivilcourage macht vogelfrei: Kein Schutz für Whistleblower in Deutschland, in: Monitor vom 9. Dezember 2010, abrufbar unter: <http://www.wdr.de/tv/monitor/sendungen/2010/1209/pdf/zivilcourage.pdf> [19.12.2012].

⁶⁰ Deiseroth/Falter (2010), S. 9 ff. Das psychiatrische Gutachten stellte sich später als vorsätzlich fehlerhaft heraus: Hessische Steuerfahnder-Affäre, „Umgehend rehabilitieren“, in: sueddeutsche.de vom 5. Januar 2010, abrufbar unter: <http://www.sueddeutsche.de/politik/hessische-steuerfahnder-affaere-umgehend-rehabilitieren-1.63593> [19.12.2012].

⁶¹ Schulz (2008), S. 49.

muss man sehen, warum in der Debatte um Whistleblowing der Schutz der Hinweisgeber oft im Vordergrund zu stehen scheint und nicht etwa der Schutz von Rechtsgütern der Allgemeinheit. Der Schutz der Hinweisgeber ist die Bedingung für die Erreichung des eigentlichen Ziels. Mithilfe von Whistleblowern möchte man Kenntnis von gefährlichen, rechtswidrigen oder kriminellen Praktiken erlangen, an deren Bekämpfung ein starkes öffentliches Interesse besteht.⁶² Die Beschäftigten sind dabei eine wertvolle Informationsquelle, weil sie oft die Ersten und manchmal auch die Einzigen sind, die Fehlverhalten innerhalb ihrer Organisation bemerken⁶³. So werden Missstände und rechtswidrige Vorgänge in Unternehmen und Behörden oft erst durch Hinweise von Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern bekannt. Denn häufig hat nur ein begrenzter Personenkreis Zugang zu diesen Informationen.⁶⁴ Beispielsweise werden durch die Polizei Verbrechen überwiegend durch zugetragene Informationen der Öffentlichkeit verhindert, aufgedeckt und aufgeklärt⁶⁵. Weil es für die Gesellschaft notwendig ist, dass Informationen aus abgeschotteten Bereichen nach außen dringen, müssen Whistleblower geschützt und unterstützt werden⁶⁶. Ansonsten kann die Angst vor Repressalien dazu führen, dass die Verantwortlichen nicht rechtzeitig von den drohenden Schäden an Rechtsgütern erfahren und erst reagieren können, wenn ein Schaden bereits eingetreten ist⁶⁷.

Hinzu kommen Auswirkungen auf die gesamte Gesellschaft. Denn wenn das Recht und die Praxis vor Ort den Eindruck vermitteln, dass Missstände besser nicht zur Anzeige gebracht werden sollten, ist zu vermuten, dass dies allgemein Einfluss auf das Verhalten der so sozialisierten Menschen hat. Wer es am Arbeitsplatz gewohnt ist, die Augen zu verschließen, wird auch sonst tendenziell wenig Zivilcourage zeigen. Schließlich wird auch kreatives Potential vergeudet,

⁶² Ogorek (2005), S. 551.

⁶³ Groneberg (2011), S. 39.

⁶⁴ Deutscher Bundestag, Drucksache 17/9782, S. 1; vergleichbar Düsel (2009), S. 24 f., wonach sich Beschäftigte in einer einzigartigen Situation befinden, um auf Informationen Zugriff nehmen zu können.

⁶⁵ Düsel (2009), S. 24 f. m. w. N.

⁶⁶ Bannenberg (2003), S. 22.

⁶⁷ Vgl. Düsel (2009), S. 24.

wenn am Arbeitsplatz Angst herrscht, offen die eigene Meinung zu äußern.⁶⁸ Werden Whistlebloweranzeigen in Organisationen aber konstruktiv aufgegriffen, wird damit auch eine Kultur der Verantwortlichkeit gefördert⁶⁹.

Daneben kann internes Whistleblowing den Interessen einer Organisation dienen, wenn es als Teil einer Qualitätssicherung verstanden und in dieser Weise bewusst eingesetzt wird. Durch das Reagieren auf Whistleblowing kann die öffentliche Verwaltung rechtswidriges, ineffizientes und intransparentes Verwaltungshandeln verhindern.⁷⁰ Whistleblower können einer Dienststelle so erhebliche Folgekosten oder Regressansprüche ersparen, wenn sie bei drohenden Risiken Alarm schlagen und so frühzeitig auf Fehlentwicklungen aufmerksam machen. Ein Hinnehmen von signifikanten Missständen oder Risiken kann also nicht als Loyalität zum Dienstherrn verstanden werden, sondern ist komplizenhafte Unterlassung. Sofern eine Dienststelle die Loyalität der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter missbraucht um einen besorgniserregenden Sachverhalt bestehen zu lassen, wirkt dies auf ehrliche Mitarbeiter zudem demotivierend.⁷¹ Weiterhin gilt es zu bedenken, dass ein Mangel an Kritikbereitschaft und die Belohnung von bedingungsloser Konformität massiv negative Auswirkungen für das Erreichen von Organisationszielen nach sich ziehen⁷².

Gerade für den öffentlichen Sektor ist die Bekämpfung von Korruption⁷³ ein gutes Beispiel, dass Whistleblowing einen wichtigen Beitrag leisten kann. Denn ein entscheidender Faktor für die Höhe des Korruptionsrisikos ist die Wahrscheinlichkeit entdeckt zu werden⁷⁴. Diesbezüglich geht Britta Bannenberg davon aus, dass die Entdeckungswahrscheinlichkeit bei Korruptionsdelikten sehr gering sei und daher die Strafandrohung durch das Strafrecht zu keiner Abschreckung führe. Erschwerend komme hinzu, dass in der Regel Verdachtsmomente in den Unternehmen und Verwaltungen gleichermaßen nicht

⁶⁸ Düsel (2009), S. 25 m. w. N.

⁶⁹ Schulz (2008), S. 51.

⁷⁰ Schulz (2008), S. 49 f.

⁷¹ Deiseroth (2004), S. 304.

⁷² Mark (2010), S. 183.

⁷³ Korruption wird als Missbrauch von Macht und Vertrauen durch das Gewähren oder Akzeptieren eines direkten oder indirekten Vorteils durch alle Personen, die Bestandteil des öffentlichen Leistungserbringungsprozesses sind, verstanden, Maravic (2005), S. 41.

⁷⁴ Maravic (2005), S. 46; PwC (2010b), S. 31, wonach strenge Strafen nicht abschrecken, sondern das subjektive Entdeckungsrisiko entscheidend sei.

nachgegangen werde.⁷⁵ Daher sei gerade die Aufklärung von Korruptionsfällen besonders auf Whistleblowing angewiesen. Denn Korruption sei ein opferloses Kontrolldelikt. So würden anonyme Hinweise die Hauptquelle für erfolgreiche Ermittlungen darstellen.⁷⁶

Die Bundesrepublik Deutschland steht auf dem „Korruptionsindex“ von Transparency International (Corruption Perceptions Index) im Jahr 2011 auf dem respektablen Platz 14⁷⁷. Das heißt jedoch nicht, dass es in Deutschland kein Problem mit Korruption gibt. Vor allem bei Baumaßnahmen wird von einer hohen Korruptionsbelastung ausgegangen⁷⁸. Eine Befragung von Experten aus kommunalen Rechnungsprüfungsämtern zeigte, dass es in einem Zeitraum von fünf Jahren bei der Hälfte der Kommunen zu Korruptionsfällen gekommen ist. Die Fälle verteilten sich zu gleichen Teilen auf die Kernverwaltung und dezentrale Einheiten.⁷⁹ Eine Untersuchung von PwC im Jahr 2010 ergab, dass in den beiden vorhergehenden Jahren fast jede dritte Behörde nachweislich von mindestens einer strafbaren Handlung betroffen war. Bezüglich Korruptionsstraftaten vermuteten über ein Viertel der Behörden in diesem Zeitraum mindestens einen Fall von Vorteilsnahme und 14 % der Behörden einen Fall von Bestechlichkeit.⁸⁰ PwC stellt in diesem Zusammenhang auch fest, dass es vor allem an Hinweisgebersystemen fehle und rät zu deren Einführung⁸¹. Weil Kriminalität in den Behörden zu hohen finanziellen Schäden und erheblichen Reputationsverlusten führen kann⁸², besteht ein großes öffentliches Interesse an Hinweisen zur Verhinderung und Aufdeckung solcher Machenschaften.

Allerdings wurden Interessen der Allgemeinheit in der Vergangenheit auch als Argument gegen Whistleblowing angeführt. So forderte das Bundesverfassungsgericht mit Rücksicht auf das öffentliche Interesse an der ungestörten und möglichst wirksamen Tätigkeit des Bundesamtes für

⁷⁵ Bannenberg (2003), S. 14 f., 19.

⁷⁶ Bannenberg (2003), S. 9 f.

⁷⁷ Abrufbar unter <http://cpi.transparency.org/cpi2011/results/> [18.11.2012].

⁷⁸ Sommermann (2001), S. 40.

⁷⁹ Maravic (2005), S. 49.

⁸⁰ PwC (2010b), S. 7.

⁸¹ PwC (2010b), S. 8, 37.

⁸² PwC (2010b), S. 20 ff.

Verfassungsschutz, dass die Rüge von Verfassungswidrigkeiten mit dem schonendsten Mittel zu führen sei⁸³. Auch wenn das Urteil im Ergebnis richtig scheint, kann dieser Aspekt der Urteilsbegründung nicht überzeugen.

2.2.3 Wertewandel in Gesellschaft und Verwaltung

Es kann nicht im öffentlichen Interesse liegen, dass eine Behörde ungestört und möglichst wirksam verfassungswidrigen Tätigkeiten nachgehen kann. Auch wenn die traditionelle deutsche Verwaltungskultur als wesentliche Elemente die Verschwiegenheit und das Amtsgeheimnis aufweist⁸⁴, stellte Fritz Marx bereits 1963 fest, dass Beamtinnen und Beamte die Aufgabe haben, dem Gemeinwohl Rechnung zu tragen. Das schließt mit ein, alle Möglichkeiten zu nutzen, um bei anstehenden Entscheidungen das öffentliche Interesse in den Vordergrund zu rücken, Fragen aufzuwerfen, Zweifel anzumelden und Bedenken zu äußern.⁸⁵ Während in der Monarchie noch eine personenrechtliche Treuepflicht der Beamten bestand, ist an deren Stelle im Rahmen der rechtsstaatlichen Entwicklung eine Bindung an die Gesamtheit des Volkes und seine Grundordnung getreten⁸⁶. Die Beamtinnen und Beamten sind heute auch nicht mehr als Staatsdiener, sondern als Verfassungsdienner zu verstehen, welche ihre Aufgaben im Interesse des Gemeinwohls wahrnehmen⁸⁷. Es zeichnet sich auch ab, dass sich im öffentlichen Dienst die Haltung zur Vertraulichkeit im Verhältnis zur Offenheit verändert. Christoph Demmke verweist dabei auf eine Studie über Werte im niederländischen öffentlichen Dienst, welche zeigt, dass durch Verwaltungsreformen neue Werte auftreten, ohne dass traditionelle Werte verloren gehen. Darüber hinaus wollen die Bediensteten als Individuen betrachtet werden⁸⁸. In Deutschland ist das Ethos des öffentlichen Dienstes im Kern durch die Regeln des Berufsbeamtentums geprägt. Auch hier ist zu beobachten, dass tiefgreifende Veränderungen durch die Verwaltungsmodernisierung erfolgen.

⁸³ BVerfGE 28, S. 191, 204.

⁸⁴ Faust (2008), S. 25.

⁸⁵ Marx (1963), S. 326.

⁸⁶ Götzl (1961), S. 29.

⁸⁷ Beilke (2011), S. 102.

⁸⁸ Demmke (2005), S. 123 f.

Diese schafft neue Spielräume für eigenverantwortliches Handeln.⁸⁹ Der öffentliche Dienst hat sich dabei in einer Art und Weise verändert, die mit mehr Transparenz, Kontrolle und Mündigkeit durch die Bürgerinnen und Bürger verbunden ist. Dadurch kommt es häufiger zur Aufdeckung von Skandalen und die Toleranz der Bürgerinnen und Bürger gegenüber unethischem oder rechtswidrigem Verhalten von Beamten oder Verwaltungen sinkt.⁹⁰ Während das Vertrauen in den öffentlichen Dienst sinkt, wird die Bürgerschaft selbstbewusster und kritischer⁹¹. Diese gestiegene Anspruchshaltung der Bürgerinnen und Bürger dokumentiert auch den Wandel zum interessierten Staatsbürger⁹². Bezüglich des Umgangs mit solchen Anforderungen sprach sich Friedrich Sembdner bereits 1977 dafür aus, dass jeder öffentlich geäußerten Kritik nachgegangen und im Anschluss das Ergebnis der Ermittlungen an die Öffentlichkeit gegeben werden solle. Auch wenn Behörden oder Beschäftigte dabei keine gute Figur machen sollten, sei dies das Verfahren der Wahl. Die Öffentlichkeit werde Verständnis aufbringen, wenn aus öffentlich angezeigten Mängeln Konsequenzen gezogen werden würden, um Wiederholungen zu vermeiden.⁹³

Durch das New Public Management ist heute zum klassisch-rechtsstaatlichen Verständnis ein wirtschaftlich orientiertes Konzept hinzugetreten. Die Einführung von Wettbewerbselementen, dezentraler Ressourcenverantwortung und Privatisierung bedingen, dass Amtsträger größere Entscheidungsspielräume wahrnehmen. Damit kann es z. B. häufiger zu korruptionsfördernden Bedingungen kommen, was jedoch nicht bedeutet, dass Maßnahmen der Verwaltungsmodernisierung notwendig zu einem Anstieg der Korruption führen.⁹⁴ Dass mehr Fälle unethischen Verhaltens im öffentlichen Sektor bekannt werden heißt auch nicht notwendigerweise, dass unethisches Verhalten zunimmt. Denn die Aufmerksamkeit der Medien und das Interesse der Öffentlichkeit für

⁸⁹ Sommermann (2001), S. 54.

⁹⁰ Demmke (2005), S. 94.

⁹¹ Demmke (2005), S. 125.

⁹² Demmke (2005), S. 103.

⁹³ Sembdner (1977), S. 124.

⁹⁴ Sommermann (2001), S. 48.

ethische Fragen haben zugenommen.⁹⁵ Karl-Peter Sommermann sieht mit Verweis auf sozialwissenschaftliche Untersuchungen und Alltagserfahrung die Zunahme von Korruption im Wertewandel der Gesellschaft begründet. Dieser wirke sich auch auf die Einstellung und das Verhalten der Angehörigen des öffentlichen Dienstes aus. Hedonistisch-materialistische Werte könnten rasch die Oberhand über Tugenden wie Loyalität und Unparteilichkeit gewinnen, weil solche Werte als antiquiert empfunden würden.⁹⁶ Beim Beamtentum ist nicht klar, welches Ethos dieses heute hat. Zwar werden viele Anforderungen gestellt, die modern, bürgerfreundlich, schnell, freundlich, kundenorientiert, effizient, rechtsstaatlich, fair und leistungsorientiert sind, jedoch entsteht kein klares Bild vom Beamtentum.⁹⁷ Denn das Recht stellt nur eine minimale Ordnung des Gemeinwohls dar. Damit verbleibt außerhalb dessen, was durch Zweckmäßigkeitserwägungen angezeigt und durch die Rechtmäßigkeit klar gesichert ist, ein erheblicher Raum. Ein bestimmtes Verwaltungshandeln bedarf daher ergänzender Vertretbarkeitskriterien.⁹⁸ Von den am Entscheidungsvorgang Beteiligten ist ein bewusstes Suchen nach der ethisch richtigen Entscheidung zu verlangen⁹⁹. Unterstützt werden könnte dies durch eine Verwaltungskultur, welche die Expertise der Beschäftigten unverfälscht einfordert, konstruktive Kritik belohnt, kontroverse Meinungen akzeptiert, Mut und Kompetenz fördert sowie Diskurse anstrebt¹⁰⁰. Neben dem klassischen Amtsethos, das dem Gemeinwohl und der Demokratie verpflichtet ist¹⁰¹, wäre dies auch ein guter Nährboden für die Akzeptanz und das „Leben“ einer Whistleblowing-Kultur.

Die Privatwirtschaft ist diesbezüglich teilweise weiter. Umfangreiche interne Vorkehrungen in Unternehmen zeigen, dass sich eine fundamentale Neubewertung von Whistleblowing etabliert. Die Wirtschaft versteht zunehmend, dass es sich dabei um eine Art Frühwarnsystem handelt, das in die richtige Richtung zu lenken ist. Mithilfe von geeigneten Meldeverfahren möchte man das

⁹⁵ Demmke (2005), S. 107.

⁹⁶ Sommermann (2001), S. 49.

⁹⁷ Demmke (2005), S. 98.

⁹⁸ Marx (1963), S. 329.

⁹⁹ Marx (1963), S. 338.

¹⁰⁰ Mark (2010), S. 183.

¹⁰¹ Vgl. Battis (2009), § 60, Rn. 5.

interne Whistleblowing privilegieren, um innerhalb des Unternehmens reagieren zu können und von Beschäftigten nicht externe Stellen als letzter Ausweg kontaktiert werden. Die Unternehmen nutzen das interne Whistleblowing, um Fehlentwicklungen frühzeitig zu erkennen und unerwünschter externer Publizität vorzubeugen.¹⁰²

2.3 Rechtspolitische Fragestellungen

Diese erste Bestandsaufnahme zum Phänomen Whistleblowing¹⁰³ zeigt, dass Whistleblowing oftmals von großem Nutzen für die Allgemeinheit ist. Im Kontrast zu dieser Erkenntnis unterliegen die Hinweisgeber aber häufig formellen und informellen Sanktionen. Während das Thema in Deutschland lange nicht, oder zumindest nicht umfassend, gesehen wurde, fasst die Debatte um Whistleblowing heute langsam Fuß. Die Bundestagsfraktion der Grünen beteiligt sich daran mit dem Entwurf eines Whistleblower-Schutzgesetzes. Hieran anknüpfend ergeben sich einige Fragestellungen:

Im Bereich der *Ethik* sollte sich eine Gesetzesinitiative damit auseinandersetzen, ob veränderte moralische Standards in der Gesellschaft und Verwaltung neue gesetzliche Regeln erfordern. Dabei ist zu diskutieren, ob es heute noch tolerabel ist, wenn Beschäftigte durch hierarchische Macht „mundtot“ gemacht werden können. Weiterhin sollte eine gesetzliche Regelung eine Werteverchiebung unterstützen, die das Gemeinwohl über die Erhaltung des guten Rufs einer Behörde stellt. *Rechtspolitisch* ist zu fragen, welche Beweggründe hinter dem Gesetzentwurf stehen und was durch ein „Schutzgesetz“ zu schützen gilt. In diesem Zusammenhang sind auch die Probleme, die hinter dem Phänomen Whistleblowing stecken zu diskutieren und zu untersuchen, ob der Gesetzentwurf wichtige Probleme aufgreift und löst. *Rechtswissenschaftlich* muss ein Gesetzentwurf daraufhin geprüft werden, ob er sich in die bestehende Rechtslage einfügt. Insbesondere muss er verfassungskonforme Lösungen anbieten.

¹⁰² Ogorek (2005), S. 547 f.

¹⁰³ Eine rechtswissenschaftliche Darstellung erfolgt in Kapitel 4.

3 Rechtspolitische Analyse der Gesetzesinitiative von BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN für ein Whistleblower-Schutzgesetz

3.1 Anknüpfungspunkte der Gesetzesinitiative

Das Gesetzesvorhaben der Grünen steht nicht im luftleeren Raum. In Deutschland wurde das Themenfeld „Whistleblowing“ in Zusammenhang mit verschiedenen Fleischskandalen („Gammelfleisch“), die sich seit Ende 2005 ereignet hatten, erstmals von einer breiteren Öffentlichkeit und der Politik diskutiert. Die politische Diskussion mündete 2008 in einer Gesetzesinitiative dreier Bundesministerien zur gesetzlichen Verankerung des Schutzes von Hinweisgebern¹⁰⁴. Die Grünen haben diesen Entwurf aufgegriffen und weiterentwickelt¹⁰⁵. Zuvor hatte die Bundestagsfraktion DIE LINKE Am 5. Juli 2011 einen Antrag zum Schutz von Whistleblowern in den Bundestag eingebracht¹⁰⁶. Am 6. September 2011 beantragte das Land Berlin eine Entschließung des Bundesrats zur gesetzlichen Verankerung eines Whistleblowerschutzes¹⁰⁷. Anfang 2012 legte die SPD-Bundestagsfraktion den Entwurf eines Hinweisgeberschutzgesetzes vor¹⁰⁸, am 23. Mai 2012 folgten die Grünen mit ihrem Entwurf eines Whistleblower-Schutzgesetzes¹⁰⁹.

Während sich die Politik in Deutschland noch nicht sehr lange mit dem Phänomen Whistleblowing befasst ist, haben sich deutsche Gerichte bereits vor über 100 Jahren, wenn auch nicht unter dieser Bezeichnung, damit auseinandergesetzt. So befand am 3.12.1907 das Gewerbegericht Köln, dass ein Arbeiter das Recht habe, sich aufgrund von Missständen an die zuständige Aufsichtsbehörde zu wenden. Dass er sich zuvor nicht um eine innerbetriebliche Abhilfe bemüht hatte, rechtfertige die Kündigung nicht.¹¹⁰ Wie bereits unter 2.2.1 anhand des BAG-Urteils vom 5.02.1959 dargestellt, fiel die Rechtsprechung unter der Geltung des

¹⁰⁴ Deutscher Bundestag, Ausschussdrucksache 16(10)849.

¹⁰⁵ Deutscher Bundestag, Drucksache 17/9782, S. 9.

¹⁰⁶ Deutscher Bundestag, Drucksache 17/6492.

¹⁰⁷ Bundesrat, Drucksache 534/11.

¹⁰⁸ Deutscher Bundestag, Drucksache 17/8567.

¹⁰⁹ Deutscher Bundestag, Drucksache 17/9782.

¹¹⁰ GewG Köln, GewKfmG 1907/1908, S. 167, zitiert bei Forst (2011), S. 3478.

Grundgesetztes weniger „whistleblowerfreundlich“ aus¹¹¹. So führt auch die Begründung des Gesetzentwurfs aus, dass es der Rechtsprechung nicht gelungen sei, einen hinreichend klaren und einheitlichen Whistleblowerschutz zu schaffen¹¹². Hingegen wird angeführt, dass nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 02.07.2001, 1 BvR 2049/00, eine Whistleblowerschutzregelung notwendig sei¹¹³. Ein dringender Handlungsbedarf wird schließlich aus dem bereits unter 1.1 angesprochenen Urteil des EGMR vom 21. Juli 2011 abgeleitet¹¹⁴.

Schließlich muss die Gesetzesinitiative auch in einem internationalen Kontext gesehen werden. Beispielweise sieht Dieter Deiseroth für einen verbesserten Whistleblower-Schutz in Deutschland Anstöße aus drei Richtungen kommen. Zum einen verpflichtet der US-amerikanische Sarbanes-Oxley Act von 2002 auch ausländische Unternehmen, die an der US Börse gelistet sind, interne Regelungen zum Schutz von Beschäftigten vorzusehen, die auf innerbetriebliche Missstände hinweisen. Zweitens treiben auch die internationalen Bemühungen im Kampf gegen die Korruption das Thema voran. Das Zivilrechtsübereinkommen über Korruption des Europarats vom 4.11.1999 gibt allen Mitgliedstaaten auf, dass Beschäftigte, die den zuständigen Stellen einen begründeten Korruptionsverdacht mitteilen, angemessen geschützt werden. Drittens kommt Druck aus der Zivilgesellschaft. Verschiedene Skandale im Bereich des Umwelt-, Gesundheit- und Verbraucherschutzes sowie der Missbrauch sensibler personenbezogener Daten in der Wirtschaft haben deutlich gemacht, wie wichtig interne Hinweisgeber sind, die gravierende Missstände benennen.¹¹⁵

Insgesamt haben die Herausbildung eines Problembewusstseins, wie auch die rechtlichen Reaktionen, einen gewissen Grad an Globalisierung erreicht¹¹⁶. Auch fast alle europäischen Länder investieren seit einigen Jahren erhebliche Ressourcen in Instrumente wie ethische Kodizes und Bestimmungen zum

¹¹¹ Vgl. Forst (2011), S. 3478.

¹¹² Deutscher Bundestag, Drucksache 17/9782, S. 8, unter Bezugnahme auf BAG, 07.12.2006, 2 AZR 400/05 und BAG, 03.07.2003, AZR 235/02.

¹¹³ Deutscher Bundestag, Drucksache 17/9782, S. 8.

¹¹⁴ Deutscher Bundestag, Drucksache 17/9782, S. 6. Der Gesetzentwurf verweist dabei auch auf den Fall Guja ./ Moldova.

¹¹⁵ Deiseroth (2008), S. 411.

¹¹⁶ Ogorek (2005), S. 546.

Whistleblowing¹¹⁷. Exemplarisch soll dies an den Entwicklungen in England dargestellt werden. Mit dem Human Rights Act (HRA) von 1998, welcher am 1. Oktober 2000 in Kraft trat, machte Großbritannien die EMRK zur Grundlage eines ersten britischen Grundrechtskatalogs. Neben dem Recht zur freien Meinungsäußerung, welches in Art. 10 EMRK niedergelegt ist, wurde als besonderer Kündigungsschutz für Whistleblower der Public Interest Disclosure Act (PIDA) von 1998, welcher am 2. Juli 1999 in Kraft trat, erlassen. Art. 10 EMRK wird für die Fälle von Whistleblowing Relevanz haben, welche nicht in den Anwendungsbereich des PIDA fallen. Daneben muss der PIDA auch im Einklang mit der EMRK ausgelegt werden. Damit kommt dem HRA einiges Potential zu, Meinungsäußerungen von Whistleblowern zu schützen.¹¹⁸ Vor der Verabschiedung der PIDA-Bestimmungen wurde unter dem Common Law angenommen, dass Whistleblower regelmäßig ihre „duty of mutual trust and confidence“ (arbeitsvertragliche Pflicht zu gegenseitigem Vertrauen) verletzen¹¹⁹. PIDA schützt qualifizierte Offenbarungen über vergangene, gegenwärtige oder zukünftige Rechtsverletzungen, Fehlentscheidungen der Justiz und für Gesundheit, Leben oder die Umwelt gefährliche Handlungen. Der Arbeitnehmerbegriff der PIDA ist weit und umfasst auch Beschäftigte des öffentlichen Dienstes. Die Anzeigen müssen zunächst intern beim Arbeitgeber und in gutem Glauben erfolgen.¹²⁰ England hat mit den PIDA-Bestimmungen der Erkenntnis Rechnung getragen, dass Beschäftigte nicht nur ihrem Arbeitgeber, sondern in gewissem Umfang auch der Allgemeinheit Loyalität schulden¹²¹. Daneben fordert ein Beschluss der G20-Staaten, bis Ende 2012 Regeln zum Whistleblower-Schutz zu erlassen und umzusetzen¹²².

¹¹⁷ Demmke (2005), S. 142.

¹¹⁸ Düsel (2009), S. 80 f. und S. 83.

¹¹⁹ Düsel (2009), S. 116 m. w. N.

¹²⁰ Schulz (2008), S. 295 f.

¹²¹ Düsel (2009), S. 118

¹²² Deutscher Bundestag, Drucksache 17/7053, S. 4; Deutscher Bundestag, Drucksache 17/9782, S. 1.

3.2 Intention des Gesetzentwurfs

3.2.1 Schutz der Whistleblower

Whistleblower werden besonders von Kollegen häufig als Nestbeschmutzer betrachtet. Anzeigen erfordern daher oft ein großes Maß an Zivilcourage, schon, weil neben den persönlichen Anfeindungen und zwischenmenschlichen Sanktionen wie Demütigung, Ausgrenzung und Bedrohung auch regelmäßig rechtliche und tatsächliche negative Konsequenzen auf den Whistleblower zu kommen. Oftmals ist das berufliche Fortkommen gefährdet. Weitere Repressalien können der Entzug von Aufgaben über eine Abmahnung bis zur Kündigung sein. So finden sich potentielle Hinweisgeber oftmals in der Zwickmühle von Zivilcourage und Karriere.¹²³ Auch hinsichtlich Beamtinnen und Beamten wird in der Literatur die Vermutung geäußert, dass erlaubte interne Anzeigen dem Whistleblower beruflich eher schaden¹²⁴. Wie Erfahrungen in den USA und England zeigen, können Schutzgesetze für Whistleblower deren Ansehen deutlich verbessern¹²⁵. Diese Erkenntnisse und Erfahrungen greift der Gesetzentwurf auf und folgert auch anhand von konkreten Fällen, dass der Schutz von Whistleblowern in vielen Bereichen notwendig ist. Eine funktionierende Schutzregelung hätte Beschäftigte in anderen Fällen ermutigen können, auf Missstände hinzuweisen. Damit hätte eine solche Regelung zu einer früheren Aufklärung beitragen können.¹²⁶ Weiterhin sei ein effektiver arbeitsrechtlicher Schutz von Whistleblowern auch ein wichtiger Beitrag zu mehr Stabilität und weniger Wirtschaftskriminalität an den Finanzmärkten¹²⁷. Bisher fehle es an einer gesetzlichen Regelung zum Schutz von Whistleblowern. Auch sei es der Rechtsprechung bisher nicht gelungen, einen hinreichend klaren und einheitlichen Schutz zugunsten der Whistleblower zu schaffen. Dies habe zur Folge, dass (potenzielle) Whistleblower nicht vorhersehen könnten, ob ihnen im Falle einer Informationsweitergabe arbeitsrechtliche Sanktionen drohen. Eine gesetzliche Regelung solle daher Klarheit für die Beschäftigten und für die Arbeitgeber

¹²³ Schulz (2008), S. 24 f.

¹²⁴ Schulz (2008), S. 112.

¹²⁵ Bultmann (2010), S. 54.

¹²⁶ Deutscher Bundestag, Drucksache 17/9782, S. 7.

¹²⁷ Deutscher Bundestag, Drucksache 17/9782, S. 7.

schaffen sowie den Schutz von Whistleblowern stärken.¹²⁸ Damit fügt sich der Gesetzentwurf in das Bundestagswahlprogramm 2009 von BÜNDNIS 90 / DIE GRÜNEN ein. Dieses postulierte die Notwendigkeit eines effektiven Schutzes von Whistleblowern, welche die Öffentlichkeit über Missstände in Unternehmen und Behörden informieren¹²⁹.

Da diesem Gesetzentwurf ein Vorschlag für eine gesetzliche Verankerung des Informantenschutzes für Arbeitnehmer im Bürgerlichen Gesetzbuch vom 30. April 2008 zugrunde liegt¹³⁰, wird man zur Ermittlung der Zielsetzungen auch auf dessen Begründung zurückgreifen können. Dort wird als Ziel der Einführung eines neuen § 612 a in das Bürgerliche Gesetzbuch genannt: "... eine klare und eindeutige Regelung im Bereich des Informantenschutzes zu schaffen, um damit die Rechtssicherheit für Arbeitnehmer, die über gesetzwidrige Praktiken in ihrem Betrieb informieren, deutlich zu verbessern."¹³¹ Besonders in der Lebensmittelwirtschaft war mit der Verbesserung der Rechtssicherheit für Beschäftigte auch eine Verbesserung des Verbraucherschutzes beabsichtigt. Auch in anderen Bereichen sollte ein besserer Informantenschutz die Beschäftigten ermutigen, ihren Beitrag zum Funktionieren der Rechtsordnung zu leisten. Daneben sollte die Vorschrift helfen, Schäden in den Betrieben frühzeitig abzuwenden, und so auch der Wirtschaft nutzen.¹³²

3.2.2 Transparenz, Publizität und Zivilcourage.

Gleich einführend weist die Gesetzesbegründung darauf hin, dass es das Ziel verantwortungsvoller Whistleblower sei, „... Transparenz und Publizität über bestehende interne, riskante, gefährliche oder korrupte Entwicklungen herzustellen, um diese damit beheben zu lassen.“¹³³ Genau wie der Schutz von Whistleblowern liegt auch diese Ausrichtung auf der Linie des Bundestagswahlprogramms 2009. Dort wird eine neue Institutionenpolitik

¹²⁸ Deutscher Bundestag, Drucksache 17/9782, S. 8.

¹²⁹ Bundestagswahlprogramm 2009, BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, S. 167, http://www.gruene-partei.de/cms/files/dokbin/295/295495.wahlprogramm_komplett_2009.pdf [14.12.2012].

¹³⁰ Deutscher Bundestag, Drucksache 17/9782, S. 9.

¹³¹ Deutscher Bundestag, Ausschussdrucksache 16(10)849, S. 2.

¹³² Deutscher Bundestag, Ausschussdrucksache 16(10)849, S. 3.

¹³³ Deutscher Bundestag, Drucksache 17/9782, S. 6.

vorgeschlagen, die auf Teilhabe, Mitsprache und Transparenz zielt¹³⁴. Transparenz sei das beste Mittel gegen Korruption¹³⁵. Auch Hansjörg Elshorst sieht eine wichtige Aufgabe darin, in Deutschland eine Kultur der Transparenz zu befördern. Diese diene der Korruptionsprävention und unterstützte Bürgerbeteiligung sowie einer lebendigen Demokratie.¹³⁶

In der ersten Beratung des Entwurfs des Whistleblower-Schutzgesetzes im Deutschen Bundestag am 14. Juni 2012 spricht die Abgeordnete Ingrid Hönlinger (Grüne) die übergeordnete Zielrichtung der Regelung an. So sollen Missstände zum Schutz der Beschäftigten und der Öffentlichkeit aufgedeckt werden. Der Schutz von Menschen habe Vorrang vor betrieblichen Interessen. Daneben sollten Menschen mit Zivilcourage staatlicher Schutz und Rückendeckung gegeben werden. Denn Zivilcourage sei ein Qualitätsmerkmal einer lebendigen und gelebten Demokratie.¹³⁷

3.2.3 Ziele des Anzeigerechts für Beamtinnen und Beamte

Neben dieser allgemeinen Zielsetzung des Gesetzentwurfs sind für die nachfolgende Untersuchung des beabsichtigten Anzeigerechts für Beamtinnen und Beamte insbesondere die mit Artikel 3 und Artikel 4¹³⁸ verfolgten Ziele von Bedeutung. Dabei wird die Neuregelung zuerst damit begründet, dass der Schutz von Hinweisgebern und Hinweisgeberinnen im öffentlichen Dienst gestärkt werden soll. Die Bevölkerung solle darauf vertrauen können, dass die Beamtinnen und Beamte bei schwerwiegendem behördlichem Fehlverhalten bzw. Missständen von einer Meldebefugnis Gebrauch machen können.¹³⁹ Die Norm soll die bereits bei Korruptionsstraftaten bestehende Befreiung von der Verschwiegenheitspflicht fortentwickeln. Daneben verfolgt die Neuregelung den Zweck, den Schutz von

¹³⁴ Bundestagswahlprogramm 2009, BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, S. 162, http://www.gruene-partei.de/cms/files/dokbin/295/295495.wahlprogramm_komplett_2009.pdf [14.12.2012].

¹³⁵ Bundestagswahlprogramm 2009, BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, S. 167, http://www.gruene-partei.de/cms/files/dokbin/295/295495.wahlprogramm_komplett_2009.pdf [14.12.2012].

¹³⁶ Elshorst (2005), S. 191.

¹³⁷ Deutscher Bundestag, Plenarprotokoll 17/184, S. 21966 f.

¹³⁸ Zu Artikel 4 verweist die Begründung auf die Ausführungen zu Artikel 2 (Deutscher Bundestag, Drucksache 17/9782, S. 13). Dabei kann es sich nur um einen redaktionellen Fehler handeln, denn Artikel 3 des Gesetzentwurfs enthält eine zu Artikel 4 korrespondierende Regelung, wohingegen Artikel 2 eine Änderung des Berufsbildungsgesetzes beinhaltet.

¹³⁹ Deutscher Bundestag, Drucksache 17/9782, S. 11.

Whistleblowern mit weiteren Beamtenpflichten¹⁴⁰ abzustimmen. Beamtinnen und Beamte sollen nach Inanspruchnahme des Anzeigerechts umfassend gegen mögliche Benachteiligungen rechtlicher und tatsächlicher Art geschützt werden.¹⁴¹

3.3 Zwischenergebnis

In die rechtpolitische Debatte um das Phänomen Whistleblowing ist Bewegung gekommen. Alle Oppositionsparteien im Deutschen Bundestag haben sich damit auseinandergesetzt und streben gesetzliche Regelungen an. Obwohl die Gerichte seit über 100 Jahren mit Whistleblowing-Fällen befasst sind, hat sich noch keine hinreichend klare Rechtsprechung, welche auch das öffentliche Interesse an Whistleblowing hinreichend würdigt, herausgebildet. Erst mit dem Urteil des EGMR vom 21.07.2011 zeichnet sich diesbezüglich eine Wende ab. Aus diesem Grund stellt das Urteil auch einen Anlass der Gesetzesinitiative dar. Weiterhin bewegt sich der Gesetzentwurf in einem internationalen Kontext. Die Debatte um Whistleblowing ist eine globale mit starker anglo-amerikanischer Prägung. Aber auch die Bürgerinnen und Bürger in Deutschland sind nicht mehr bereit Vertuschungen zu akzeptieren. Schließlich schreitet auch die Wirtschaft in ihren Bemühungen um die Etablierung von Whistleblowing voran.

Der Gesetzentwurf greift die Probleme der mangelnden Rechtssicherheit und des unzureichenden Schutzniveaus der Whistleblower auf. Beschäftigte sollen ermutigt werden, Missstände zur Anzeige zu bringen. Dabei wird hervorgehoben, dass Whistleblower einen großen gesellschaftspolitischen Beitrag zur Bekämpfung von Straftaten und anderen Missständen leisten. Auch wird nicht verkannt, dass Whistleblower langfristig häufig im Interesse ihres Arbeitgebers handeln.¹⁴² Weil Arbeitgeber dies zuweilen anders beurteilen, entstehen für die Beschäftigten Dilemma-Situationen zwischen Zivilcourage und Karriere. Bereits aus dem vollständigen Titel des Gesetzentwurfs geht hervor, dass dieser auch mit der allgemeinen Transparenzdebatte entsprungen ist. Schließlich sollen auch

¹⁴⁰ Genannt werden die Pflicht zu achtungs- und vertrauenswürdigem Verhalten, die Beratungs- und Unterstützungspflicht gegenüber Vorgesetzten und die Pflicht, den Dienstweg einzuhalten.

¹⁴¹ Deutscher Bundestag, Drucksache 17/9782, S. 12.

¹⁴² Deutscher Bundestag, Drucksache 17/9782, S. 7.

Beamtinnen und Beamte von einer Meldebefugnis Gebrauch machen können und dabei umfassend geschützt werden.

4 Rechtlicher Rahmen von Whistleblowing durch Beamtinnen und Beamte nach geltendem Recht

Das Beamtenverhältnis ist in Art. 33 Abs. 4 und 5 GG in Form einer institutionellen Garantie verankert. Die Einrichtung des Berufsbeamtentums steht damit unter dem Schutz der Verfassung und kann durch den Gesetzgeber nicht abgeschafft werden. Dadurch ist auch der Charakter des Beamtenverhältnisses als öffentlich-rechtliches Dienst- und Treueverhältnis verfassungsrechtlich zwingend vorgegeben, welches der Gesetzgeber nicht frei ausgestalten kann.¹⁴³ Das öffentlich-rechtliche Dienst- und Treueverhältnis ist auf ein verantwortliches, verfassungs- und gesetzeskonformes sowie neutrales Verwaltungshandeln ausgerichtet¹⁴⁴. Dabei hat Art. 33 Abs. 4 GG die Funktion, die in Art. 20 Abs. 3 GG verankerten Grundsätze der Rechtsstaatlichkeit und Gesetzmäßigkeit der Verwaltung zu verstärken und abzusichern. Berufsbeamte sollen aufgrund ihrer herausgehobenen Pflichtenbindung und Qualifikation die Befolgung von Recht und Gesetz, insbesondere die sachgerechte Ausübung des der Verwaltung eingeräumten Ermessens, gewährleisten.¹⁴⁵

4.1 Die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums

4.1.1 Bedeutung der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums

Das Berufsbeamtentum wird durch seine hergebrachten Grundsätze in seinem Wesensgehalt bestimmt und gesichert¹⁴⁶. Nach Art. 33 Abs. 5 GG ist das Recht des öffentlichen Dienstes unter Berücksichtigung dieser Grundsätze zu regeln und fortzuentwickeln. „Hergebrachte Grundsätze“ im Sinne von Art. 33 Abs. 5 GG sind nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts fundamentale

¹⁴³ Merten (1999), S. 336; vgl. auch Werres (2011a), Rn. 31.

¹⁴⁴ Jachmann (2010), Art. 33 Rn. 30.

¹⁴⁵ Werres (2011a), Rn. 19.

¹⁴⁶ Beilke (2011), S. 83.

Regelungen, die „das Bild des Beamtentums in seiner überkommenen Gestaltung maßgeblich prägen“¹⁴⁷. Diese sind ein Kernbestand von Prinzipien, die allgemein oder doch ganz überwiegend und während eines längeren, traditionsbildenden Zeitraums, mindestens unter der Reichsverfassung von Weimar, als verbindlich anerkannt und gewahrt worden sind¹⁴⁸.

Whistleblowing durch Beamtinnen und Beamte sowie gesetzliche Regelungen hierzu sind damit einem verfassungsrechtlichen Rahmen unterworfen. Denn Art. 33 Abs. 5 GG ist unmittelbar geltendes Recht und bindet den Gesetzgeber in der inhaltlichen Ausgestaltung des Beamtenrechts¹⁴⁹. Die Verfassungsnorm umfasst neben Rechten auch Pflichtenmaßstäbe und Grundrechtsbegrenzungen zur Erhaltung der Funktionsfähigkeit des Staates¹⁵⁰. Über die Verweisung in Art. 33 Abs. 5 GG erhalten die „hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums“ Verfassungsrang und bilden bei der Ausgestaltung des Beamtenverhältnisses einen verfassungsrechtlichen Prüfungsrahmen für den Gesetzgeber¹⁵¹. Diesem verbleibt aber dennoch ein Gestaltungsspielraum, welcher durch die jeweiligen Bedürfnisse der Zeit geprägt wird¹⁵².

4.1.2 Relevante Pflichten der Beamtinnen und Beamten

Bei der Beurteilung vorhandener und der Ausgestaltung künftiger Whistleblowing-Regelungen für Beamtinnen und Beamte sind einige Pflichten besonders relevant.

Die allgemeine Treuepflicht ist ein vom Bundesverfassungsgericht anerkannter hergebrachter Grundsatz. Sie lässt sich aus dem Charakter des Beamtenverhältnisses als Dienst- und Treueverhältnis herleiten und beinhaltet die Verfassungstreuepflicht, die Gehorsamspflicht gegenüber dem Dienstherrn sowie

¹⁴⁷ BVerfGE 43, S. 154, 185 zitiert bei Merten (1999), S. 340.

¹⁴⁸ BVerfGE 8, S. 332, 343; 15, S. 167, 195 f.; 38, S. 1, 12; 43, S. 154, 185; 46, S. 97, 117; 58, S. 68, 76 f.; 62, S. 374, 383; 70, S. 69, 79; 83, S. 89, 98; 106, S. 225, 232 zitiert bei Merten (1999), S. 340 und Werres (2011a), Rn. 37.

¹⁴⁹ Leibholz/Rinck (2012), Art. 33, Rn. 101 unter Hinweis auf BVerfGE 8, 11 ff.; 9, 286; 15, 195; 106, 225, 231; 107, 218, 236.

¹⁵⁰ Franke (2009), K § 2, Rn. 39.

¹⁵¹ Franke (2009), K § 2, Rn. 40 m. w. N.

¹⁵² Beilke (2011), S. 90 f.

die Neutralitätspflicht.¹⁵³ Aus dieser Treuepflicht erschließt sich, dass der Pflichtenkreis der Beamtinnen und Beamten weitergezogen sein muss als der Pflichtenkreis von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern. Eine wesentliche Pflicht ist die Treue gegenüber dem Dienstherrn, welche insbesondere auch die Gewährleistung der Gesetzmäßigkeiten der Verwaltung beinhaltet.¹⁵⁴ Treue meint also keine Vasallentreue, sondern eine intensive Gesetzesbindung, welche eine besonders gewissenhafte Gesetzesinterpretation einschließt¹⁵⁵.

Die *Verfassungstreuepflicht* fordert, dass sich Beamtinnen und Beamte durch ihr gesamtes Verhalten zu der freiheitlichen demokratischen Grundordnung im Sinne des Grundgesetzes bekennen und für deren Erhaltung eintreten.¹⁵⁶ Das schließt mit ein, dass sie die bestehenden verfassungsrechtlichen und gesetzlichen Vorschriften beachten und ihr Amt aus dem Geist dieser Vorschriften heraus führen¹⁵⁷.

Die *Gehorsamspflicht* findet ihren einfachgesetzlichen Niederschlag in § 35 BeamtStG. Das Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip sowie die parlamentarische Verantwortung des Ministers für sein Ressort bedingen die Weisungsgebundenheit der Beamtinnen und Beamten sowie den hierarchischen Verwaltungsaufbau. Einschränkungen der Gehorsamspflicht und der Weisungsgebundenheit bedürfen daher rechtfertigende Gründe von Verfassungsrang.¹⁵⁸ Die Gehorsamspflicht wird als Grundlage der Funktionstüchtigkeit der Verwaltung angesehen¹⁵⁹. Sie wird durch den Grundsatz der Rechtmäßigkeit begrenzt. Ausgleichendes Element zur Gehorsamspflicht ist in diesem Zusammenhang das Recht und die Pflicht der Beamtinnen und Beamten zur Remonstration nach § 36 Abs. 2 BeamtStG¹⁶⁰.

¹⁵³ Werres (2011a), Rn. 41 f.

¹⁵⁴ Franke (2009), K § 2, Rn. 6.

¹⁵⁵ Lecheler (1972), S. 237.

¹⁵⁶ Werres (2011a), Rn. 43, § 33 Abs. 1 Satz 3 BeamtStG.

¹⁵⁷ Reich (2012), § 33, Rn. 6 m. w. N.

¹⁵⁸ Werres (2011a), Rn. 49.

¹⁵⁹ Reich (2012), Rn. 4.

¹⁶⁰ Werres (2011a), Rn. 50.

Das Dienstweggebot verpflichtet Beamtinnen und Beamten beim Vorbringen von Anträgen und Beschwerden¹⁶¹, den Dienstweg einzuhalten. Auch eine Remonstration nach § 36 Abs. 2 LBG muss über den Dienstweg vorgebracht werden. Die Pflicht zur Einhaltung des Dienstwegs stellt eine Beschränkung des Petitionsrechts dar. Als hergebrachter Grundsatz des Berufsbeamtentums ist der Dienstwegvorbehalt jedoch mit dem Grundgesetz vereinbar.¹⁶² Die Pflicht zur Einhaltung des Dienstwegs ermöglicht es der sach nächsten Ebene, eine Lösung zu finden. Denn sie kann dem Petitum abhelfen, auch wenn dieses an eine höhere Ebene gerichtet ist. Die Pflicht kommt damit der Effektivität der Verwaltung zugute, weil sich die nächsthöhere Ebene nicht mit Problemen befassen muss, die bereits auf vorhergehender Ebene gelöst werden können.¹⁶³ Der Dienstwegvorbehalt wird auch durch das Interesse am guten Ruf des Berufsbeamtentums begründet. Beamtinnen und Beamte sind daher gehalten, Missstände in der Verwaltung auf dem Dienstweg zu melden¹⁶⁴. Weiterhin wird der Dienstwegvorbehalt daraus abgeleitet, dass Beamtinnen und Beamte wegen ihrer Aufgabe, Staatsgewalt auszuüben, demokratischer Legitimation bedürfen. Daher muss eine ununterbrochene Legitimationskette bis zu den gegenüber dem Parlament handelnden Amtsträgern bestehen¹⁶⁵. Im Zuge der Umsetzung des Neuen Steuerungsmodells besteht allerdings ein zentrales Anliegen darin, der Politik und der Verwaltungsführung mehr Freiräume für die strategische Steuerung zu geben. Die soll z. B. durch Kontrakte zwischen den Beteiligten erreicht werden. Diese Handhabe führt zu größeren Handlungsspielräumen der nachgeordneten Dienste und zu einer „Verdünnung“ hierarchischer Strukturen. Das stellt das überkommene Bild parlamentarischer Verantwortung und hierarchischer Verwaltungsstruktur zunehmend infrage.¹⁶⁶

¹⁶¹ § 49 Abs. 1 Satz 1 LBG.

¹⁶² Fürst (2009), K § 171 Rn. 5.

¹⁶³ Schütz/Maiwald (2012), BeamtR, Teil C, Rn. 26 zu § 104 LBG NRW; siehe auch Weiß (2011), J 630 Rn. 50.

¹⁶⁴ Götzl (1961), S. 102.

¹⁶⁵ Franke (2009), K § 2, Rn. 5.

¹⁶⁶ Wallerath (2001), S. 25 f.

Daneben fordert das Grundgesetz vom Berufsbeamtentum, dem *Gemeinwohl* aktiv zu dienen. Neben ihrem Dienstherrn haben die Beamtinnen und Beamten auch dem Gemeinwesen gegenüber loyal zu sein.¹⁶⁷

Weiterhin haben Beamtinnen und Beamte gemäß § 37 Abs. 1 BeamStG über die ihnen bei oder bei Gelegenheit ihrer amtlichen Tätigkeit bekannt gewordenen dienstlichen Angelegenheiten Verschwiegenheit zu wahren. Die *Verschwiegenheitspflicht* ist ein hergebrachter Grundsatz des Berufsbeamtentums¹⁶⁸. Sie dient dem Schutz der dienstlichen Belange der Behörde und dem Vertrauen der Bürgerinnen und Bürger in den öffentlichen Dienst hinsichtlich des Umgangs mit den dort vorhandenen Informationen¹⁶⁹. Das Bundesverfassungsgericht geht in diesem Zusammenhang davon aus, dass die öffentliche Verwaltung nur dann rechtsstaatlich einwandfrei, zuverlässig und unparteiisch arbeiten kann, wenn über die dienstlichen Vorgänge nach außen grundsätzlich Stillschweigen bewahrt wird¹⁷⁰. Die Verletzung der Verschwiegenheitspflicht kann nicht nur ein Dienstvergehen darstellen, sondern bei Gefährdung eines wichtigen öffentlichen Interesses auch den Straftatbestand des § 353b StGB erfüllen. Die Pflicht setzt den Beamtinnen und Beamten damit deutliche Grenzen hinsichtlich ihrer Anzeigemöglichkeiten nach innen und außen¹⁷¹.

Weiterhin muss das Verhalten der Beamtinnen und Beamten der Achtung und dem Vertrauen gerecht werden, welche ihr Beruf erfordert¹⁷². Das gilt gegenüber Bürgerinnen und Bürgern sowie Vorgesetzten und nachgeordneten Mitarbeitern. Unter der Achtung ist das Ansehen zu verstehen, dass sich auf der Integrität der Beamtinnen und Beamten gründet. Bei dem Vertrauen geht es um eine dem Wohl der Allgemeinheit verpflichtete Amtsführung.¹⁷³ Beamtinnen und Beamte haben

¹⁶⁷ Beilke (2011), S. 85; vgl. § 33 Abs. 1 BeamStG.

¹⁶⁸ Reich (2012), § 37 Rn. 2 unter Hinweis auf BVerfG, NJW 1970, S. 1498 u. w. N.; GKÖD Bd. II, J 530 Rn. 7.

¹⁶⁹ Schulz (2008), S. 109 m. w. N.

¹⁷⁰ BVerfGE 28, S. 191, 198.

¹⁷¹ Schulz (2008), S. 107.

¹⁷² § 34 Satz 3 BeamStG.

¹⁷³ Reich (2012), § 34 Rn. 12 f.

das Recht Kritik zu üben, auch wenn es nicht um die Rechtmäßigkeit einer dienstlichen Anordnung geht. Die Grenzen liegen aber in der Wahrung einer entsprechenden Form der Kritik. Herabsetzungen und Beschimpfungen stellen Dienstvergehen dar.¹⁷⁴ *Die Pflicht zu achtungs- und vertrauenswürdigen Verhalten* hat in Bezug auf Whistleblowing eine Relevanz für Fälle herabsetzender Kritik an Vorgesetzten und der sogenannten „Flucht in die Öffentlichkeit“¹⁷⁵. Auch wenn eine Beamtin oder ein Beamter gegen Vorgesetzte oder andere Beschäftigte eine wissentlich unwahre oder leichtfertig schwerwiegend verdächtigende Strafanzeige wegen innerdienstlicher Vorgänge erstattet, stellt dies eine Pflichtverletzung dar¹⁷⁶.

Die Fürsorgepflicht des Dienstherrn gehört ebenfalls zu den über Art. 33 Abs. 5 GG gesicherten Strukturprinzipien des Berufsbeamtentums¹⁷⁷ und bildet das Gegenstück zur Treuepflicht der Beamtinnen und Beamten¹⁷⁸. Die Fürsorgepflicht umfasst den Schutz der Ehre und des Ansehens von Beamten. So darf der Dienstherr sich in der Öffentlichkeit gegenüber seinen Beamten nicht herabsetzend äußern. Fehlverhalten von Beamtinnen und Beamten kann nach außen jedoch in einer sachlichen Form kritisch gewürdigt werden.¹⁷⁹ Die Dienstherrn haben die Beamtinnen und Beamten in Schutz zu nehmen, wenn aufgrund deren dienstlicher Tätigkeit mit unbegründeten Angriffen zu rechnen ist. Gegebenenfalls kann die Fürsorgepflicht Dienstherrn auch verpflichten, die fehlende Berechtigung von Vorwürfen, die gegen eine Beamtin oder einen Beamten erhoben werden, aufzuklären.¹⁸⁰

4.1.3 Der Fortentwicklungsauftrag

Die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums sind Ausgangspunkt für die weitere Ausgestaltung des Rechtsverhältnisses der Beamtinnen und Beamten.

¹⁷⁴ Götzl (1961), S. 100 f.

¹⁷⁵ Siehe Kapitel 5.2.

¹⁷⁶ Reich (2012), § 34 Rn. 14 unter Hinweis auf BVerwG, 13.12.200, 1 D 34/98, NJW, 2001, S. 3280.

¹⁷⁷ Reich (2012), § 45, Rn. 1.

¹⁷⁸ Werres (2011a), Rn. 54.

¹⁷⁹ Werres (2011a), Rn. 54.

¹⁸⁰ Reich (2012), § 45, Rn. 10.

Eine Fortentwicklung des Beamtenrechts ist nur im Rahmen dieser verfassungsmäßigen Vorgaben möglich.¹⁸¹ Der Gesetzgeber hat nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts dabei einen Spielraum hinsichtlich der Gestaltung und Veränderung des Beamtenrechts¹⁸². Im Jahr 2006 wurde Art. 33 Abs. 5 zudem um die Worte „... und fortzuentwickeln“ erweitert. Durch diese Fortentwicklungsklausel werden die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums aber nicht zur Disposition des Gesetzgebers gestellt. Daher kann diese sich lediglich auf das einfache Gesetzesrecht des öffentlichen Dienstes beziehen. Bereits vor der Verfassungsänderung bestand jedoch die Auffassung, dass der Gesetzgeber nicht nur einen Auftrag zur Regelung des öffentlichen Dienstes, sondern auch zu dessen Fortentwicklung habe. Weil die Fortentwicklungsklausel damit lediglich die geltende Verfassungslage bestätigt, kommt ihr nur eine geringe eigenständige Bedeutung zu.¹⁸³ Sie bekräftigt allerdings, dass die anerkannten Grundsätze des Berufsbeamtentums im Lichte der sich wandelnden Lebenswirklichkeit und -umstände zu deuten sind¹⁸⁴.

4.2 Die Geltung relevanter Grundrechte im Beamtenverhältnis

Den verfassungsrechtlichen Rahmen von Whistleblowing bilden seitens der Grundrechte insbesondere die Meinungsfreiheit nach Art. 5 Abs. 1 Satz 1 Hs. 1 GG und das Petitionsrecht nach Art. 17 GG. Beamtinnen und Beamte genießen prinzipiell Grundrechtsschutz. Allerdings wird die Wahrnehmung von Grundrechten, durch die für die Erhaltung eines intakten Beamtentums unerlässlich zu fordernden Pflichten, eingeschränkt.¹⁸⁵

¹⁸¹ Beilke (2011), S. 108 m. w. N.

¹⁸² Jachmann (2010), Art. 33 Rn. 41.

¹⁸³ Werres (2011a), Rn. 34 ff. m. w. N.; Ingeborg Franke kommt zur Auffassung, dass die Fortentwicklungsklausel überflüssig ist, Franke (2009), K § 2, Rn. 40; zu einem anderen Ergebnis ist Steffen Beilke gekommen, der davon ausgeht, dass nach der Einfügung der Worte „... und fortzuentwickeln“ die gesetzgebundenen Strukturprinzipien eine grundlegende Neuausrichtung erfahren können, Beilke (2011), S. 212 f., 227.

¹⁸⁴ Werres (2011a), Rn. 39.

¹⁸⁵ BVerfGE 39, 334, 366 f.

4.2.1 Das Sonderstatusverhältnis der Beamtinnen und Beamten

In der Vergangenheit sind verschiedene Lehren vertreten worden, weshalb die Grundrechte der Beamtinnen und Beamten in besonderem Maße einschränkbar seien. Eine Lehre war der Ansicht, dass mit dem Eintritt in das Beamtenverhältnis ein freiwilliger Verzicht auf die Inanspruchnahme bestimmter Grundrechte einhergehe. Diese Annahme berücksichtigte nicht, dass Beamte nicht nur ein Amt innehaben, sondern auch Staatsbürger sind, die zur Wahrung ihrer Interessen auf ihnen zustehende Rechtspositionen angewiesen sind¹⁸⁶.

Eine weitere Lehre ging von einem „besonderen Gewaltverhältnis“ aus. Bereits 1961 befand Hermann Götzl den Begriff als nicht mehr passend¹⁸⁷ und argumentierte, dass eine Einschränkung der Grundrechte nur aufgrund der Annahme eines besonderen Gewaltverhältnisses eine Verfassungsumgehung darstellen würde¹⁸⁸. Die verfassungsrechtlich zulässige Einschränkung von Grundrechten im Beamtenverhältnis könne stattdessen nur aus Art. 33 Abs. 5 GG entwickelt werden. Dieser verlangt die Berücksichtigung der hergebrachten Grundsätze, welche neben der Ausgestaltung von Rechten der Beamtinnen und Beamten auch grundrechtseinschränkende Pflichten vorsehen. Zum Beispiel folgt die Amtsverschwiegenheit aus der Natur der dem Beamten übertragenen amtlichen Aufgaben.¹⁸⁹ Soweit die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums also Pflichten statuieren, rechtfertigt Art. 33 Abs. 5 GG die entsprechenden gesetzlichen Einschränkungen¹⁹⁰. Das Bundesverfassungsgericht führte hierzu aus: „Der Grundrechtsausübung des Beamten im Dienst können Grenzen gesetzt werden, die sich aus allgemeinen Anforderungen an den öffentlichen Dienst oder aus besonderen Erfordernissen des jeweiligen Amtes ergeben.“¹⁹¹.

¹⁸⁶ Dammann/Kutscha (1977), S. 48 mit Hinweis auf BVerfG, NJW, 1975, S. 1641, 1647: „Der Beamte genießt Grundrechtsschutz. Er steht zwar „im Staat“ und ist deshalb mit besonderen Pflichten belastet, die ihm dem Staat gegenüber obliegen, er ist aber zugleich Bürger, der seine Grundrechte gegen den Staat geltend machen kann.“

¹⁸⁷ Götzl (1961), S. 26.

¹⁸⁸ Götzl (1961), S. 69.

¹⁸⁹ Götzl (1961), S. 87 f.

¹⁹⁰ Jachmann (2010), Art. 33 Rn. 40.

¹⁹¹ BVerfGE 108, 282, 296 unter Hinweis auf BVerfGE 39, 334, 366 f. und BVerwGE 56, 227, 228 f.; Dammann/Kutscha (1977), S. 49 folgern, dass dies aber nur für dienstliche Erfordernisse gelten könne, die auf die verfassungsmäßige Zweckbindung der Verwaltung rückführbar sind.

Heute spricht man von einem Sonderstatusverhältnis¹⁹², welches es erlaubt, die Grundrechte der Beamtinnen und Beamten zu begrenzen. Art. 33 Abs. 5 GG bildet mit den hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums eine verfassungsimmanente Schranke der Grundrechte der Beamtinnen und Beamten. Für die einschränkende Maßnahme bedarf es jedoch zusätzlich einer einfachgesetzlichen Grundlage.¹⁹³ Sofern Grundrechte einen Gesetzesvorbehalt haben, stellen die Beamtengesetze grundrechtsbeschränkende Regelungen dar. Sofern ein Grundrecht keinen Gesetzesvorbehalt aufweist, folgt die Grundrechtsbeschränkung bei Beamtinnen und Beamten direkt aus Art. 33 Abs. 5 GG. Das gilt auch, wenn das Beamtengesetz selbst ein hergebrachter Grundsatz des Berufsbeamtentums im Sinne von Art. 33 Abs. 5 GG ist. So treffen zwei von der Verfassung geschützte Rechtsgüter aufeinander, wenn Beamtinnen und Beamte von Grundrechten Gebrauch machen. Die Kollision von einem Grundrecht mit einem hergebrachten Grundsatz des Berufsbeamtentums löst man unter Heranziehung des Prinzips der praktischen Konkordanz auf. Dabei geht es um die Frage, wie beide betroffenen Rechtsgüter, das Grundrecht und der jeweilige Grundsatz, zu optimaler Wirksamkeit gelangen können. Whistleblowing im Beamtenverhältnis unterliegt damit einer verfassungsrechtlichen Güterabwägung.¹⁹⁴

4.2.2 Die Meinungsfreiheit

Nach Art. 5 Abs. 1 Satz 1 Hs. 1 GG hat jeder das Recht, seine Meinung in Wort, Schrift und Bild frei zu äußern und zu verbreiten. Dem Grundrecht der Meinungsfreiheit wird eine große Bedeutung zugeschrieben; es ist „für eine freiheitlich-demokratische Staatsordnung ... schlechthin konstituierend, denn es

¹⁹² Edzard Schmidt-Jortzig führt hierzu aus, dass Sonderbelange des hoheitlichen Vollzugs und ihre Eigengesetzlichkeit dazu führen, dass die beteiligten Personen in eine spezielle, engere Beziehung zum Staat treten. Durch diese werde der allgemeine staatsbürgerliche Status modifiziert, weil Wirkungsaufträge des Staates personale Sonderbeziehungen verlangen, Schmidt-Jortzig (2009), § 162 Rn. 63.

¹⁹³ Werres (2011a), Rn. 204-207.

¹⁹⁴ Schulz (2008), S. 114 f; vgl. auch Herzog (2012), Rn. 295, wonach Art. 33 Abs. 5 GG und damit die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums den Verfassungsverbürgungen des Art. 5 GG nicht bedingungs- und grenzenlos vorgehen, sondern eine Güterabwägung zwischen den Verfassungsprinzipien angezeigt ist.

ermöglicht erst die ständige geistige Auseinandersetzung, den Kampf der Meinungen, der ihr Lebenselement ist.“¹⁹⁵

Schutzbereich

Das Grundrecht schützt die Freiheit, seine Meinung in Wort, Schrift und Bild frei zu äußern und zu verbreiten. In den Schutzbereich der Norm fallen Meinungen, also Werturteile und Tatsachenbehauptungen, wenn und soweit sie Voraussetzung der Bildung von Meinungen sind. Schmähkritik und erwiesen oder bewusst unwahre Tatsachenbehauptungen sind vom Schutzbereich der Meinungsfreiheit ausgenommen. Die Form, der Ort und die Zeit der Meinungskundgabe können frei gewählt werden. Die Meinungsfreiheit schützt dabei auch die bezweckte Wirkung auf andere.¹⁹⁶ Arbeitnehmeranzeigen und Beschwerden fallen grundsätzlich in den Schutzbereich von Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG¹⁹⁷

Schranken und Schranken-Schranken

Methodisch etwas verkürzt wird in der Literatur häufiger in Bezug auf das Verhältnis der Meinungsfreiheit zu den beamtenrechtlichen Pflichten die Schranke der allgemeinen Gesetze nach Art. 5 Abs. 2 Var. 1 GG herangezogen. Demnach kann die Meinungsfreiheit durch allgemeine Gesetze, zu welchen die beamtenrechtlichen Bestimmungen teilweise zählen, eingeschränkt werden¹⁹⁸. Als gesetzliche Regelungen nach dem Beamtenstatusgesetz, welche geeignet sind die Meinungsfreiheit einzuschränken, werden z. B. die Verfassungstreuepflicht (§ 33 Abs. 1 Satz 3 BeamStG), die Gehorsamspflicht (§ 35 BeamStG) oder die Verschwiegenheitspflicht (§ 37 BeamStG) genannt¹⁹⁹. Soweit es sich bei den

¹⁹⁵ BVerfGE 7, S. 198, 208 zitiert bei Dammann/Kutscha (1977), S. 50; auch bei Papier/Krönke (2012), § 15 Rn. 249.

¹⁹⁶ Papier/Krönke (2012), § 15 Rn. 251 ff. unter Hinweis auf BVerfGE 7, S. 198, 210; BVerfGE 61, S. 1, 8; BVerfGE 93, S. 266, 289 ff.

¹⁹⁷ Düsel (2009), S. 70 mit Verweis u. a. auf BAG, 03.06.2003, Graser (2000), S. 109.

¹⁹⁸ Vgl. Dammann/Kutscha (1977), S. 48; Götzl (1961), S. 91, welche beamtenrechtliche Bestimmungen generell den allgemeinen Gesetzen zuordnen. Anderer Auffassung ist Roman Herzog (2012), Rn. 275, wonach die Beamtengesetze nicht automatisch „allgemeine Gesetze“ im Sinne des Art. 5 Abs. 2 GG seien, sondern immer die einzelne Vorschrift betrachtet werden müsse. Dieser Auffassung schließt sich Daniela Graser an, wobei sie bezugnehmend auf das Bundesverfassungsgericht jedenfalls die durch Art. 33 Abs. 5 GG gedeckten Regelungen des Beamten- und Disziplinarrechts als allgemeine Gesetze i. S. v. Art. 5 Abs. 2 GG ansieht, Graser (2000), S. 123 f.

¹⁹⁹ Werres (2011a), Rn. 217.

beamtenrechtlichen Pflichten aber um hergebrachte Grundsätze des Berufsbeamtentums handelt, ist der Grundsatz der gesamtheitlichen Anwendung und Auslegung des Grundgesetzes heranzuziehen (systematische Verfassungsinterpretation). Das folgt aus zwei Überlegungen: Zum einen dürfen Gesetze, welche sich auf die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums stützen, keine stärkere grundrechtsbeschränkende Wirkung entfalten als Art. 33 Abs. 5 GG selbst. Zum anderen sind Verfassungsgrundsätze keine allgemeinen Gesetze i. S. v. Art. 5 Abs. 2 GG. Vielmehr stehen die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums dem Grundrecht der Meinungsfreiheit nach allgemeinen Grundsätzen gleichberechtigt zur Seite. Daher müssen die Verfassungsgrundsätze im Falle inhaltlicher Widersprüchlichkeit nach allgemeinen Grundsätzen der Verfassungsauslegung miteinander in Einklang gebracht werden.²⁰⁰ Ausprägungen dieser systematischen Auslegung sind die Einheit der Verfassung bzw. die Verfassung als einheitliches Sinngefüge und die sog. praktische Konkordanz gegenläufiger Verfassungsnormen. Damit wird eine integrative Sicht der Verfassung als Sinnganzes bezweckt. Abwägungen unterschiedlicher Verfassungspositionen sind bei dieser Form der systematischen Interpretation ein zentraler Wesenszug der Auslegung. In Bezug auf die Auslegung von Art. 5 Abs. 2 GG ist von besonderer Bedeutung, dass die Deutung der Grundrechte als Wertordnung Raum für Abwägungsprozesse schafft. Während der Wortlaut des Grundgesetzes die Meinungsfreiheit hinter den allgemeinen Gesetzen zurücktreten lässt, misst die Rechtsprechung dem Schutz der Meinungsfreiheit im öffentlichen Meinungskampf seit jeher einen hohen Stellenwert bei.²⁰¹ Die rationale Begründung von solchen Werthierarchien in der Abwägung ist jedoch schwierig. Die Begründung für die Privilegierung der Meinungsfreiheit beruht auf der Annahme, dass diese durch den freien Wettstreit von Ideen und Meinungen in politischen Entscheidungsprozessen eine mittelbare Schutzwirkung für andere Grundrechte entfaltet.²⁰² Nach den Regeln praktischer Konkordanz kommen nur solche Beschränkungen in Betracht, die für die Durchführung und

²⁰⁰ Herzog (2012), Rn. 295; anders allerdings BVerfG, 20.09.2007, 2 BvR 1047/06, NVwZ, 2008, S. 416, wonach z. B. die Pflicht nach § 54 Satz 3 BBG a. F. ein allgemeines Gesetz i. S. v. Art. 5 Abs. 1 GG sei.

²⁰¹ Herdegen (2004), S. 876.

²⁰² Herdegen (2004), S. 877.

Aufrechterhaltung des „hoheitlichen Bemühungszwecks“ unerlässlich sind. Edzard Schmidt-Jortzig betont den besonderen Wertgehalt der Meinungsfreiheit und postuliert „Im Zweifel für die Meinungsfreiheit.“.²⁰³

Die nach Art. 33 Abs. 5 GG für Beamtinnen und Beamte bindenden Pflichten nach den Beamtenengesetzen gehen dem Grundrecht auf Meinungsfreiheit also nicht einfach vor. Auf der anderen Seite wird die Verletzung eines Rechtsguts nicht dadurch erlaubt, dass dies mittels einer Meinungsäußerung geschieht.²⁰⁴ Insgesamt reichen Beschränkungen des Grundrechts der freien Meinungsäußerung jedoch nur so weit, wie es die dem Beamten zugewiesenen öffentlichen Aufgaben unbedingt erfordern. Auch wenn berechtigte Gründe für einen Eingriff in die freie Meinungsäußerung bestehen, muss sich dieser auf das geringstmögliche, zwingend gebotene Maß beschränken.²⁰⁵

Aus der Treuepflicht als hergebrachten Grundsatz des Berufsbeamtentums folgt, dass die Meinungsfreiheit bei Beamten nach Maßgabe der Erfordernisse ihres Amtes Einschränkungen unterliegen. Das gilt auch für Form und Inhalt interner Kritik.²⁰⁶ Aus der Pflicht zur Treue und Loyalität gegenüber dem Dienstherrn sowie zur Achtung der berechtigten Belange der Verwaltung wird weiterhin die Pflicht von Beamtinnen und Beamten abgeleitet, institutionelle Abhilfemöglichkeiten auszuschöpfen, bevor sie den Weg in die Öffentlichkeit beschreiten.²⁰⁷ Die Wahrnehmung der Meinungsfreiheit kann jedoch z. B. nicht mit der Behauptung, es entstände Unruhe in der Dienststelle unterbunden werden. Dazu müsste vielmehr eine konkrete Störung des Dienstablaufs verursacht worden sein.²⁰⁸

Sofern die Beschränkung tatsächlich von allgemeinen Gesetzen i. S. v. Art. 5 Abs. 2 GG ausgeht, unterliegen diese Beschränkungen ihrerseits verfassungsrechtlichen Grenzen. Nach der Wechselwirkungslehre des Bundesverfassungsgerichts ist bei

²⁰³ Schmidt-Jortzig (2009), § 162, Rn. 67.

²⁰⁴ Thiele (1985), S. 146.

²⁰⁵ Götzl (1961), S. 98.

²⁰⁶ BVerfG, 2 BvR 1047/06 vom 20.9.2007, NJW 2008, 416 m .w. N.

²⁰⁷ BVerfGE 28, 191, 204 f. Kritisch hierzu Klaus Beer, der in der Formulierung des Gerichts „nicht übersehbarer und beherrschbarer Weg in die Öffentlichkeit“ eine überkommene Gegenübersetzung von Staat und Öffentlichkeit sieht, Beer (1985), S. 332.

²⁰⁸ Dammann/Kutscha (1977), S. 51.

der Auslegung grundrechtsbeschränkender Gesetze die Auslegungsmöglichkeit zu wählen, welche dem Grundrecht größtmögliche Wirksamkeit verleiht (grundrechtskonforme Auslegung).²⁰⁹ Zwar setzen die „allgemeinen Gesetze“ dem Wortlaut nach der Meinungsfreiheit Schranken, doch werden sie im Hinblick auf die wertsetzende Bedeutung des Grundrechts im freiheitlichen demokratischen Staat ausgelegt. So wird ihre Grundrecht begrenzende Wirkung selbst eingeschränkt. Dies führt letztlich zu einer Güterabwägung zwischen der Meinungsfreiheit und dem Rechtsgut, welches durch das einschränkende Gesetz geschützt wird.²¹⁰ Bei dieser Güterabwägung wird in jedem Einzelfall entschieden werden müssen, welchem Rechtsgut der Vorrang eingeräumt wird. Für Whistleblower liegt darin ein nicht einschätzbares Risiko.²¹¹

Begrenzung der Meinungsfreiheit nach Kategorien von Meinungsäußerungen

Bei der Frage, in welchem Ausmaß die Beamtenpflichten begrenzt werden, müssen verschiedene Kategorien von Meinungsäußerungen unterschieden werden. Handelt es sich um *dienstliche Äußerungen* bzw. um Äußerungen in amtlicher Eigenschaft können sich Beamtinnen und Beamte nicht auf Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG berufen²¹².

Private Äußerungen können außerhalb des Dienstes und im Dienst erfolgen. Außerhalb des Dienstes sind nur solche Äußerungen untersagt, die einen Angriff auf die freiheitlich-demokratische Grundordnung darstellen oder die Mäßigungs- und Zurückhaltungspflicht verletzen. Problematischer sind private Äußerungen im Dienst. Sofern der Adressat davon ausgehen muss, es handle sich um eine dienstliche Äußerung, wird die Beamtin oder der Beamte nicht durch Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG geschützt. Auch wenn klar ist, dass es sich um eine private Äußerung handelt, wird von den Beamtinnen und Beamten wesentlich mehr Zurückhaltung verlangt als bei außerdienstlichen Äußerungen. Durch Art. 33 Abs. 5 GG ist dabei eine weitreichende Zurückhaltungspflicht gedeckt.²¹³

²⁰⁹ Papier/Krönke (2012), § 15 Rn. 287 ff. unter Verweis auf BVerfGE 7, S. 198, 207 ff.

²¹⁰ Herzog (2012), Rn. 258.

²¹¹ Schulz (2008), S. 116.

²¹² Herzog (2012), Rn. 107 f.

²¹³ Herzog (2012), Rn. 113; vgl. auch Schmidt-Jortzig (2009), § 162 Rn. 66.

Im Zusammenhang mit Whistleblowing geht es um die Einschätzung *privater Äußerungen* „zum Dienst“, also die öffentliche Mitteilung dienstlicher Angelegenheiten und die Stellungnahme zu ihnen. Auch solche Äußerungen fallen grundsätzlich in den Anwendungsbereich des Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG. Diesen setzt jedoch die Pflicht zur Amtsverschwiegenheit außerordentlich enge Grenzen. Eine „Flucht in die Öffentlichkeit“ ist nur zur Aufdeckung besonders schwerwiegender Fehlentwicklungen in der öffentlichen Verwaltung zulässig.²¹⁴

4.2.3 Das Petitionsrecht

Nach Art. 17 GG hat jedermann das Recht, sich einzeln oder in Gemeinschaft mit anderen schriftlich mit Bitten oder Beschwerden an die zuständigen Stellen und an die Volksvertretung zu wenden. Neben der Funktion für den Petenten verstärkt und flankiert das Petitionsrecht auch die Kontrolle des Parlaments gegenüber der Regierung und Verwaltung²¹⁵. Grundrechtsberechtigt sind auch Beamtinnen und Beamte²¹⁶.

Schutzbereich

Bitten und Beschwerden können sich auf vergangene oder künftige Vorgänge beziehen und müssen ein bestimmtes Begehren enthalten. Vom Schutzbereich des Art. 17 GG werden daher bloße Meinungsäußerungen, die nur auf die Beeinflussung der öffentlichen Meinung gerichtet sind, und förmliche Rechtsbehelfe nicht erfasst. Ebenso fallen anonyme Petitionen nicht in den Schutzbereich.²¹⁷ Art. 17 GG eröffnet aber dennoch einen weiten Spielraum für Whistleblowing, da der Petent nicht individuell beschwert sein muss und daher das Petitionsrecht im Allgemeininteresse ausgeübt werden kann²¹⁸. Art. 17 GG enthält auch einen Abwehranspruch gegen Behinderungen und Benachteiligungen bei der Vorbereitung und Einbringung einer Petition. Weiterhin müssen die in Art.

²¹⁴ Herzog (2012), Rn. 113a mit Hinweis auf BVerfGE 28, S. 191, 202, 204. Das BVerfG verlangt zusätzlich die Erschöpfung des Dienstwegs und des Petitionsrechts.

²¹⁵ Langenfeld (2005), Rn. 14.

²¹⁶ Langenfeld (2005), § 39 Rn. 49, weiterhin unterliegen außerdienstliche Petitionen, die keinen Bezug zur dienstlichen Tätigkeit aufweisen, keinen Beschränkungen, weshalb nachfolgend nur Petitionen mit dienstlichem Bezug problematisiert werden.

²¹⁷ Langenfeld (2005), Rn. 23, 26.

²¹⁸ Schulz (2008), S. 117 m. w. N.; siehe auch Langenfeld (2005), § 39 Rn. 27.

17 GG genannten Stellen die Petition entgegennehmen, sich damit befassen, diese sachlich prüfen und schriftlich beantworten.²¹⁹

Adressanten des Petitionsrechts

Petitionen können entweder an die Volksvertretung oder eine sonst zuständige Stelle gerichtet werden. Volksvertretung meint damit alle legislativen Verfassungsorgane in Bund und Ländern. Nicht darunter fallen einzelne Abgeordnete. Umstritten ist, ob „Gemeindeparlamente“ unter den Begriff der Volksvertretung fallen. Sie sind zumindest „zuständige Stellen“.²²⁰ Daneben sind „zuständige Stellen“ alle öffentlich-rechtlich oder privat-rechtlich organisierten Institutionen der öffentlichen Verwaltung, die mit der Wahrnehmung staatlicher Aufgaben betraut sind²²¹.

Schranken

Art. 17 GG enthält keinen Gesetzesvorbehalt. Das Petitionsrecht unterliegt damit *verfassungsimmanenten Schranken*. Potentiell einschränkende Gesetze sind so auszulegen, dass eine Beschränkung des Petitionsrechts vermieden wird. Sofern das nicht möglich ist, sind gegenläufige Grundrechte oder Rechtsgüter von Verfassungsrang nach der Lehre von der praktischen Konkordanz jeweils zur größtmöglichen Wirksamkeit hin abzuwägen. Der Kerngehalt der Petitionsfreiheit muss dabei stets gewahrt bleiben. Im Einzelfall kann das Petitionsrecht z. B. hinter den Schutz der persönlichen Ehre zurücktreten.²²²

Weitere Einschränkungen des Petitionsrechts für Beamtinnen und Beamte ergeben sich aus deren *Sonderstatusverhältnis*²²³. Wie bei der Meinungsfreiheit ergeben

²¹⁹ Langenfeld (2005), § 39 Rn. 31 ff.

²²⁰ Weiß (2011), J 630 Rn. 42 ff; Langenfeld (2005), § 39 Rn. 37 verweist bezüglich der Gemeindeparlamente auf die Ansicht, wonach auf den Akt der Wahl und den Wortlaut des Art. 28 Abs. 1 Satz 2 GG abzustellen sei, womit Gemeinderäte und Kreistage „Volksvertretungen“ seien. Klein (2012), Rn. 104 sieht die Diskussion als überholt an, weil in Kreisen und Gemeinden Nichtmitglieder des Staatsvolks wahlberechtigt seien. Denn unter „Volksvertretung“ verstehe man nur direkt vom Staatsvolk gewählte Repräsentativorgane. Walther Fürst zählt die Vertretungskörperschaften der Gemeinden und Kreise wiederum zur Volksvertretung, Fürst (2009), K § 171 Rn. 10.

²²¹ Langenfeld (2005), § 39 Rn. 38; siehe auch Klein (2012), Rn. 98 f.

²²² Langenfeld (2005), § 39 Rn. 45 f; siehe auch Klein (2012), Rn. 115.

²²³ Langenfeld (2005), § 39 Rn. 47, 50.

sich diese Einschränkungen in dienstbezogenen Anliegen aufgrund der bindenden Beamtenpflichten²²⁴. Auf der Grundlage des Art. 33 Abs. 5 GG sind aber nur solche Beschränkungen des Petitionsrechts im Beamtenverhältnis zu rechtfertigen, welche der Zweck des Dienstverhältnisses zwingend gebietet²²⁵.

So ergeben sich Einschränkungen aus der *Verschwiegenheitspflicht*. Beamtinnen und Beamte dürfen amtlich erlangte Kenntnisse weder in eigenen Petitionen verwerten, noch an Dritte für deren Petitionen weitergeben.²²⁶ Sofern eine Petition allerdings im Innenbereich des Staates verbleibt, bedeutet die Einreichung einer Petition nicht ohne Weiteres, dass die Verschwiegenheitspflicht verletzt wird²²⁷. Zu diesem „Innenbereich“ gehören zumindest die Stellen, welche § 49 LBG nennt. Alle staatlichen Stellen, welche nicht berechtigt sind, eine durch § 37 BeamStG geschützte Angelegenheit zu erfahren, sind im Sinne des Disziplinarrechts bereits „Öffentlichkeit“.²²⁸

Weiterhin wird das Petitionsrecht der Beamtinnen und Beamten bei Petitionen in dienstbezogenen Angelegenheiten durch den *Dienstwegvorbehalt* eingeschränkt. Zu unterscheiden ist dabei zwischen Petitionen an Parlamente und Petitionen an „zuständige Stellen“. Richtet sich eine Petition an Letztgenannte, ist der Dienstweg regelmäßig einzuhalten. Solche Fälle von dienstlichen Petitionen werden durch § 49 LBG ausdrücklich geregelt.²²⁹ Umstritten ist allerdings, ob bei dienstbezogenen Petitionen an die Volksvertretung der Dienstweg einzuhalten ist. Nach Christine Langenfeld verschafft das Petitionsrecht den Beamtinnen und Beamten kein unmittelbares Zugangsrecht zu den Volksvertretungen. Die Umgehung des Dienstwegs führt nach dieser Ansicht lediglich nicht zur Unzulässigkeit der Petition. Weiterhin muss bei der Verhängung einer entsprechenden Disziplinarmaßnahme die Ausstrahlungswirkung des Petitionsgrundrechts als abwägungsrelevanter Belang berücksichtigt werden.²³⁰

²²⁴ Weiß (2011), J 630 Rn. 40.

²²⁵ Klein (2012), Rn. 124; siehe auch Weiß (2011), J 630 Rn. 42.

²²⁶ Klein (2012), Rn. 125.

²²⁷ Langenfeld (2005), § 39 Rn. 52.

²²⁸ Weiß (2011), J 630 Rn. 47.

²²⁹ Weiß (2011), J 630 Rn. 48 ff.

²³⁰ Langenfeld (2005), § 39 Rn. 51; auch Ulrich Battis ist der Ansicht, dass bei Petitionen im dienstlichen Bereich der Dienstweg immer einzuhalten sei, Battis (2009), § 125, Rn. 4; Hans Hugo Klein stimmt diesen Ausführungen nur insoweit zu, als dass bei Disziplinarmaßnahmen die Ausstrahlungswirkung des Art. 17 GG zu bedenken sei und ein Pflichtenverstoß nicht zur

Anderer Auffassung sind Willi Thiele²³¹ und Hans Hugo Klein, welcher seine Begründung mit der Überlegung beginnt, dass zur Volksvertretung kein Dienstweg führt. Daneben könne sich der Grund für die Petitionen gerade auf den dienstlichen Instanzenweg beziehen. Einen triftigen Grund, Beamtinnen und Beamten den direkten Zugang zur Volksvertretung zu verwehren, sieht er nicht.²³² Dieser Ansicht ist auch aus der Überlegung heraus zu folgen, dass nur unbedingt erforderliche Einschränkungen des Petitionsrechts statthaft sind. Da jedoch bereits die Verschwiegenheitspflicht das Petitionsrecht in dienstlichen Angelegenheiten inhaltlich stark beschränkt und besonders schutzwürdige Sachverhalte damit bereits „gefiltert“ sein dürften, ist es nicht erforderlich, zusätzlich auf das vorherige Durchschreiten des Dienstwegs zu bestehen. Auch Hans-Dietrich Weiß kommt zu dem Schluss, dass bei Parlamentspetitionen die Pflicht zur Wahrung des Dienstweges unbeachtlich ist. Er folgert dies aus dem Gewicht des Art. 17 GG als Grundrecht. Bei der Güterabwägung kommt er zu dem Schluss, dass der Dienstwegvorbehalt aufgrund der Loyalitätspflicht ausnahmsweise dann nicht hinfällig ist, wenn es sich nur um einen geringfügigen Anlass handelt (z. B. „Behördenquerelen“).²³³ Walther Fürst folgert bereits aus dem Wortlaut des Dienstwegvorbehalts („... bis zur obersten Dienstbehörde ...“), dass Petitionen an die Volksvertretung davon nicht umfasst werden. Beamtinnen und Beamte können sich also unmittelbar ohne Einhaltung des Dienstwegs an die Volksvertretung wenden, ohne dass ihnen dienstliche oder dienstrechtliche Nachteile drohen.²³⁴ Insofern erlangt die Frage, ob kommunale Vertretungskörperschaften als „Volksvertretung“ gelten oder „nur“ zuständige Stellen sind, praktische Bedeutung. Weil dies, wie dargestellt, in der Literatur umstritten ist, besteht für Beamtinnen und Beamte Unsicherheit, ob der Dienstwegvorbehalt greift oder sie sich z. B. direkt an den Gemeinderat wenden dürfen.²³⁵

Unzulässigkeit der Petition führe. Der Petitionsadressat wird also auch bei pflichtwidrigen Petitionen nicht von seiner Erledigungspflicht entbunden, Klein (2012), Rn. 126.

²³¹ Thiele (1985), S. 147.

²³² Klein (2012), Rn. 125.

²³³ Weiß (2011), J 630 Rn. 53; Weiß (1984), S. 136.

²³⁴ Fürst (2009), K § 171 Rn. 10.

²³⁵ Vgl. Weiß (2011), J 630 Rn. 44.

4.3 Möglichkeiten und Grenzen von Whistleblowing durch Beamtinnen und Beamte

4.3.1 Das Antrags- und Beschwerderecht

Das allgemeine Petitionsrecht gem. Art. 17 GG wird durch das Antrags- und Beschwerderecht²³⁶ für Beamtinnen und Beamte konkretisiert²³⁷. Es handelt sich um eine spezifische beamtenrechtliche Ausgestaltung des Petitionsrechts, welche zusätzlich neben dem allgemeinen Petitionsrecht besteht. Abgesehen vom außergerichtlichen Rechtsschutz dient die Vorschrift auch der Verwaltungskontrolle.²³⁸ Neben „echten dienstlichen Petitionen“, welche die eigene Stellung der Beamtinnen und Beamten betreffen, werden auch „unechte dienstliche Petitionen“²³⁹ und „außerdienstliche Petitionen“ vom Antrags- und Beschwerderecht erfasst. Wesentlich ist, dass ein Begehren vorgetragen wird, was sich in Bitten, Anträgen, Anregungen, Gegenvorstellungen, Auskunftersuchen, Beschwerden und Dienstaufsichtsbeschwerden²⁴⁰ ausdrücken kann. Eine Abgrenzung kann zu einfachen Mitteilungen erfolgen, welche nicht in den Rahmen des Antrags- und Beschwerderechts gehören.²⁴¹ Somit kommen außer persönlichen Fragen auch whistleblowerrelevante Themen wie das Abstellen von Missständen in einer Behörde in Betracht, die den antragstellenden Beamten selbst nur mittelbar berühren. Bezüglich des Inhalts gelten die Wahrheits- und Mäßigungspflicht. Die Beamtin oder der Beamte muss vor der Anzeige gewissenhaft prüfen, ob die vorgebrachten Behauptungen hinreichend belegt sind. Denn leichtfertige Verdächtigungen und falsche Beschuldigungen stellen Dienstvergehen dar.²⁴²

Die Eingaben sind grundsätzlich über den Dienstweg einzubringen, also über den unmittelbaren Vorgesetzten, auch wenn die Entscheidung einer höheren Stelle begehrt wird. Beamtinnen und Beamte können sich nur dann direkt an den

²³⁶ Nicht wort- aber inhaltsgleich durch § 125 BBG und § 49 LBG geregelt.

²³⁷ Battis (2009), § 125, Rn. 6.

²³⁸ Battis (2009), § 125, Rn. 3; vgl. Weiß (2011) J 630 Rn. 22 f., 50.

²³⁹ Diese betreffen den dienstlichen Bereich aber nicht die Beamtin oder den Beamten selbst.

²⁴⁰ Erfasst werden sowohl Sachaufsichtsbeschwerden als auch personelle Dienstaufsichtsbeschwerden.

²⁴¹ Schütz (1970), S. 33.

²⁴² Schulz (2008), S. 111 m. w. N.

nächsthöheren Vorgesetzten wenden, wenn sich die Beschwerde gegen den unmittelbaren Vorgesetzten richtet.²⁴³ Sinn und Zweck der Ausnahme ist, eine unter Umständen psychologisch schwierige Konfrontationssituation zwischen Vorgesetztem und Mitarbeiter zu mildern und auch der Befürchtung entgegenzuwirken, der unmittelbar betroffene Vorgesetzte könne die Weiterleitung verzögern. Die Anwendung dieser Regelung soll auf Fälle beschränkt sein, bei denen sich die Petition gegen das persönliche Verhalten des Vorgesetzten richtet, es sich also eigentlich um eine Dienstaufsichtsbeschwerde handelt. Wird die Ausnahme nach § 49 Abs. 1 Satz 2 LBG so interpretiert, muss die Regelung weit ausgelegt werden und entsprechend bei Dienstaufsichtsbeschwerden gegen höhere Vorgesetzte Anwendung finden. Die Beschwerde kann also direkt bei der wiederum nächsthöheren Stelle eingelegt werden.²⁴⁴ Der Beschwerdeweg steht bis zur obersten Dienstbehörde offen²⁴⁵.

In Nordrhein-Westfalen beinhaltet § 104 Abs. 2 Satz 4 LBG NRW den Zusatz „Der Beamte kann jederzeit Eingaben an den Landtag unmittelbar richten.“. Zum einen wird damit das Petitionsrecht nach Art. 17 GG wiederholt, zum anderen wird klargestellt, dass sich Beamtinnen und Beamte auch mit einer Dienstpetition unmittelbar an die Legislative wenden dürfen²⁴⁶. Auf das für den Dienstherrn mildere Mittel der zunächst verwaltungsinternen Petition über den Dienstweg kann also verzichtet werden. Diese Regelung erscheint für Fälle sinnvoll, in denen die Beamtin oder der Beamte ein Eingreifen bezüglich bestimmter Zustände oder Verhältnisse innerhalb der Verwaltung der Volksvertretung als Kontrollorgan der Exekutive bezweckt. Abhilfe in einem konkreten Fall kann jedoch nur über den Dienstweg erreicht werden.²⁴⁷ Die Regelung befreit die Beamtinnen und Beamten allerdings nicht gleichzeitig von der Verpflichtung zur Amtsverschwiegenheit,

²⁴³ Battis (2009), § 125, Rn. 6; § 49 Abs. 1 Satz 1, 2 LBG.

²⁴⁴ Schütz/Maiwald (2012), BeamtR, Teil C, Rn. 35 f. zu § 104 LBG NRW; auch Walther Fürst hält es sinnvollerweise für zulässig, wenn die Beschwerde, die sich gegen einen höheren Vorgesetzten richtet, beim nächsthöheren Vorgesetzten erhoben wird, Fürst (2009), K § 171 Rn. 7.

²⁴⁵ § 49 Abs. 1 Satz 3 LBG.

²⁴⁶ Wie unter 4.2.3 dargestellt kann das Petitionsrecht auch ohne diese konkrete gesetzliche Bestimmung in dieser Form verstanden werden.

²⁴⁷ Schütz/Maiwald (2012), BeamtR, Teil C, Rn. 37 zu § 104 LBG NRW.

wenn sie sich an den Landtag wenden²⁴⁸. Wie unter 4.2.3 gezeigt, ergibt sich dieses Recht direkt aus Art. 17 GG. Neben dem Landtag dürften auch die kommunalen Vertretungskörperschaften unmittelbar angesprochen werden.

Auch wenn die Anträge und Beschwerden den Dienstweg durchlaufen müssen, kann die Eingabe nicht von einer der Stellen negativ beschieden werden, bei welchen diese lediglich durchläuft. Sofern dem Petitum nicht gänzlich auf dem Dienstweg entsprochen bzw. abgeholfen wird, muss diejenige Stelle entscheiden, deren Entscheidung die Beamtin oder der Beamte beantragt hat. Insofern können sich Beamtinnen und Beamte mit ihrem Anliegen direkt an die oberste Dienstbehörde wenden.²⁴⁹ Es besteht ein Anspruch auf Weiterleitung an die zuständige Stelle, sachliche Prüfung und Mitteilung über die Art der Erledigung²⁵⁰. Auch wenn die Beschwerde keinen Erfolg hat, dürfen Beamtinnen und Beamte für die rechtmäßige Inanspruchnahme des Antrags- und Beschwerderechts dienstlich weder gemäßregelt noch benachteiligt werden²⁵¹.

Das Antrags- und Beschwerderecht kann als beamtenspezifische Whistleblowing-Regelung für interne Meldungen angesehen werden. Alle Voraussetzungen der hier verwendeten Definition²⁵² liegen vor. Ob die Nutzung der Regelung tatsächlich ein Fall von Whistleblowing ist, hängt vom Gegenstand des Antrags bzw. der Beschwerde ab. Sobald nicht nur ein persönliches Anliegen, wie z. B. eine Beförderung, sondern ein Missstand aufgedeckt wird, handelt es sich um Whistleblowing.

Da die Regelung die Art des Anliegens oder der Beschwerde nicht eingrenzt und zudem der Weg bis zur obersten Dienstbehörde offen steht, handelt es sich um eine weitgehende Regelung für internes Whistleblowing. Hinzu kommt, dass das Beschreiten des Dienstwegs „dienstlicher Verkehr“ ist. Aus diesem Grund dürfen

²⁴⁸ Schütz/Maiwald (2012), BeamtR, Teil C, Rn. 38 zu § 104 LBG NRW.

²⁴⁹ Battis (2009), § 125, Rn. 6 f.; Schütz (1970), S. 33 f.

²⁵⁰ Schütz (1970), S. 34; Zwar besteht kein Anspruch auf eine bestimmte Entscheidung in der Sache, jedoch kann das Recht auf sachliche Behandlung und Erledigung der Petition eingeklagt werden, Fürst (2009), K § 171 Rn. 4.

²⁵¹ Schulz (2008), S. 111 m. w. N.

²⁵² Siehe 2.1.

Beamtinnen und Beamte, um ihrem Anliegen Sinn zu geben, geheimnisgeschützte dienstliche Angelegenheiten mitteilen.²⁵³ Jedoch beinhaltet die Regelung auch Restriktionen. Zum einen ist dies die Dienstwegbindung, von welcher nur abgewichen werden kann, wenn sich die Beschwerde gegen das Verhalten von Vorgesetzten richtet. Zum anderen sind anonyme Eingaben nicht möglich. Aus Art. 17 GG folgt, dass das Antrags- und Beschwerderecht externes Whistleblowing gegenüber der Volksvertretung erlaubt, sofern es die Pflicht zur Amtsverschwiegenheit zulässt.

Ein Nachteil für Kommunalbeamte ist, dass der Weg bis zur obersten Dienstbehörde sehr kurz sein kann. Bei kleinen Gemeinden ist z. B. der Vorgesetzte der Amts- bzw. Fachbereichsleitungen direkt der Bürgermeister, welcher gleichzeitig oberste Dienstbehörde ist²⁵⁴. Gerade, wenn sich die Beschwerde gegen das Handeln eines Vorgesetzten richtet, ist der Dienstweg in kleineren Gemeinden sehr schnell erschöpft. Aber auch in größeren Verwaltungen hat die Ausbildung verhandelnder bzw. kooperierender Handlungsformen zu einem Abbau staatlicher Entscheidungshierarchien geführt²⁵⁵. Daneben ist notwendige Bedingung der Norm, dass der Dienstweg und die Frage, wer Vorgesetzter ist, hinreichend klar sind. Ist eine Beamtin oder ein Beamter z. B. einem Projekt zugeordnet, sind ggf. mehrere direkte Vorgesetzte vorhanden. Auch erscheint es denkbar, dass nur der Projektverantwortliche Vorgesetzter ist; dieser selbst aber gar nicht in die Linienhierarchie eingebunden ist. Auch zunehmend flache Hierarchien und das Arbeiten in Teams und Stabstellen können den Dienstweg unklar erscheinen lassen oder zumindest stark verkürzen.

4.3.2 Ausnahmen von der Verschwiegenheitspflicht

Neben dem Antrags- und Beschwerderecht können auch Ausnahmen von der Verschwiegenheitspflicht Beamtinnen und Beamten Whistleblowing ermöglichen. Die deutsche Verfassungsordnung sieht eine „gläserne Verwaltung“ nicht vor.

²⁵³ GKÖD Bd. II, J 530 Rn. 89.

²⁵⁴ § 44 Abs. 4 GemO.

²⁵⁵ Holtmann (2001), S. 61.

Vielmehr soll die Geheimsphäre der Verwaltung die Gewährleistung und Erfüllung öffentlicher Aufgaben sicherstellen. Das Gebot zur Amtsverschwiegenheit soll insbesondere einen ungestörten Verwaltungsablauf ermöglichen. Darüber hinaus sollen die Bürgerinnen und Bürger in die Wahrung ihrer Privatgeheimnisse, welche der Verwaltung bekannt geworden sind, vertrauen können. Gerade auch im Hinblick auf das Recht der Bürger auf informationelle Selbstbestimmung ist die Pflicht zur Amtsverschwiegenheit nicht nur ein Aspekt der Treuepflicht gegenüber dem Dienstherrn, sondern gleichzeitig Ausdruck einer gegenüber Gesellschaft und Verfassung bestehenden allgemeinen Beamtenpflicht.²⁵⁶ Die Geheimhaltung dienstlicher Vorgänge liegt also im öffentlichen Interesse und sichert dienstliche Belange²⁵⁷.

Amtsgeheimnis / Dienstliche Angelegenheiten

Dabei sind alle Tatsachen, welche der Allgemeinheit unbekannt sind und welche eine Beamtin oder ein Beamter bei oder „bei Gelegenheit“ der amtlichen Tätigkeit, also aufgrund der amtlichen Eigenschaft, erlangt hat, Amtsgeheimnisse²⁵⁸. Die Amtskausalität bezieht also auch das Bekanntwerden von Angelegenheiten in fremden Arbeitsbereichen in das Verschwiegenheitsgebot mit ein. Angelegenheit ist dabei jede Tatsache oder Bewertung. Dienstlich ist eine Angelegenheit dann, wenn sie einen Bezug zur amtlichen Tätigkeit hat.²⁵⁹ Die Pflicht zur Amtsverschwiegenheit besteht unabhängig davon, ob eine dienstliche Angelegenheit vom Dienstherrn als vertraulich eingestuft worden ist oder nicht²⁶⁰. Sie gilt gegenüber jedermann mit Ausnahme der Vorgesetzten und solchen Kolleginnen und Kollegen, die selbst mit der betreffenden Angelegenheit aus dienstlichen Gründen befasst sind²⁶¹. Weiterhin gilt die Pflicht zur Verschwiegenheit nicht gegenüber der Binnenrevision²⁶². Nach dem Sinn und Zweck der Norm erstreckt sich die Verschwiegenheitspflicht auch nicht auf Entscheidungen, welche Beamte in ihrer persönlichen Rechtstellung berühren. Die

²⁵⁶ Zängl (2009), K § 61 Rn. 4 ff.

²⁵⁷ Zängl (2009), K § 61 Rn. 15.

²⁵⁸ Zängl (2009), K § 61 Rn. 8.

²⁵⁹ Battis (2009), § 67 Rn. 6; Reich (2012), § 37 Rn. 3.

²⁶⁰ Reich (2012), § 37 Rn. 3.

²⁶¹ Battis (2009), § 67 Rn. 6.

²⁶² Schütz/Maiwald (2012), BeamtR, Teil B, § 37 Rn. 5.

Beamten erlangen insoweit nicht dienstlich, sondern privat Kenntnis von der Angelegenheit.²⁶³ Dasselbe gilt, wenn Beamte außerhalb des Dienstes Kenntnis von dienstlichen Angelegenheiten erlangen. In diesen Fällen kann die Weitergabe der Informationen an Dritte jedoch aufgrund der allgemeinen Treuepflicht ausgeschlossen sein.²⁶⁴

Die Pflicht zur Amtsverschwiegenheit gilt nicht, *soweit Mitteilungen im dienstlichen Verkehr geboten sind*²⁶⁵. „Dienstlicher Verkehr ist das dienstliche Zusammenwirken sowohl innerhalb einer Behörde [...] als auch zwischen verschiedenen Behörden.“²⁶⁶. Eine Mitteilung kann aus der eigenen Amtswahrnehmung oder der Amtswahrnehmung einer anderen Stelle geboten sein. Geboten sind Mitteilungen dann, wenn eine Dienststelle den Inhalt für die Erledigung ihrer Aufgaben benötigt. Die Ausnahmeregelung kann aber nur dann greifen, wenn der Empfänger der Mitteilung ebenfalls zur Amtsverschwiegenheit verpflichtet ist.²⁶⁷ Weil die Amtsträger in diesen Fällen „unter sich“ sind, ist es nicht erforderlich, dass sie ihren Meinungs- und Informationsaustausch bei dienstlich gebotenen Mitteilungen beschränken²⁶⁸. Eine vorgesetzte Behörde kann, soweit ihre Aufsichtsbefugnisse reichen, erwarten, dass sie vollständig über relevante Vorgänge unterrichtet wird. Bittet eine andere Behörde um Informationen, ist aber immer das jeweilige Bereichsrecht darauf zu prüfen, ob solche Mitteilungen im Wege der Amtshilfe statthaft sind (z. B. in Hinblick auf das Abgaben- oder das Sozialgeheimnis)²⁶⁹, es also für die Zusammenarbeit eine Rechtsgrundlage gibt²⁷⁰. Mit dieser Ausnahmeregelung dürfte zumindest die Verschwiegenheitspflicht internem und externem Whistleblowing nicht im Wege stehen, sofern die Hinweise an die für Abstellung der Missstände zuständige vorgesetzte Behörde bzw. an die zuständige Aufsichtsbehörde gerichtet werden²⁷¹. Erwin Schütz/Joachim Maiwald gehen davon aus, dass aus § 37 Abs. 2 Nr. 1

²⁶³ Zängl (2009), K § 61 Rn. 20.

²⁶⁴ Zängl (2009), K § 61 Rn. 22.

²⁶⁵ § 37 Abs. 2 Nr. 1 BeamtStG.

²⁶⁶ Zängl (2009), K § 61 Rn. 28.

²⁶⁷ Reich (2012), § 37 Rn. 7.

²⁶⁸ Battis (2009), § 67 Rn. 8.

²⁶⁹ Schütz/Maiwald (2012), BeamtR, Teil B, § 37 Rn. 12.

²⁷⁰ Zängl (2009), K § 61 Rn. 31.

²⁷¹ Vgl. GKÖD Bd. II, J 530 Rn. 86, wonach Mitteilungen im Rahmen der Rechts-, Fach- und Dienstaufsicht im dienstlichen Verkehr ergehen.

BeamStG gegenüber der vorgesetzten obersten Dienstbehörde eine Offenbarungsbefugnis folgt²⁷². Anders folgert Andreas Reich, dass im Umkehrschluss zu § 37 Abs. 2 Nr. 3 BeamStG, es den Beamtinnen und Beamten nach § 37 Abs. 2 Nr. 1 BeamStG nicht erlaubt ist, der zuständigen obersten Dienstbehörde oder einer Strafverfolgungsbehörde über andere Straftaten (wie die in Nr. 3 genannten) zu berichten²⁷³.

Eine weitere Ausnahme von der Pflicht zur Amtsverschwiegenheit besteht, wenn *offenkundige oder ihrer Bedeutung nach nicht geheimhaltungsbedürftige Tatsachen mitgeteilt werden*²⁷⁴. Der Begriff „offenkundige Tatsachen“ wird von der Rechtsprechung eng ausgelegt. Es muss sich um Tatsachen handeln, von denen regelmäßig jeder verständige Mensch Kenntnis hat oder erlangen kann.²⁷⁵ Dabei kommt es nicht darauf an, wie eine Tatsache offenkundig geworden ist.²⁷⁶ Gelangten allerdings unrechtmäßig Tatsachen an die Öffentlichkeit, aufgrund welcher schutzwürdige individuelle Belange auf dem Spiel stehen, muss die Behörde Schritte zur Minderung der Folgen prüfen²⁷⁷. Tatsachen bedürfen ihrer Bedeutung nach keiner Geheimhaltung, wenn deren Bekanntwerden keine öffentlichen oder privaten Belange beeinträchtigen kann²⁷⁸. Gemeint sind also Bagatellen²⁷⁹. Diese Ausnahmeregelung dürfte für Whistleblowing keine Bedeutung haben, weil nur brisante Enthüllungen unter den Begriff fallen können.

Bedeutender ist die *Pflicht zur Anzeige geplanter Straftaten*²⁸⁰. Die Vorschrift bezieht sich auf § 138 StGB, wonach Bürgerinnen und Bürger wie Beamtinnen und Beamte bei geplanten schwerwiegenden Straftaten verpflichtet sind, diese anzuzeigen. Bei minderschweren Straftaten müssen Beamtinnen und Beamte die Entscheidung den Vorgesetzten überlassen, ob eine Anzeige erfolgt.²⁸¹ Weniger praxisrelevant dürfte die *Pflicht zur Bewahrung der freiheitlichen demokratischen*

²⁷² Schütz/Maiwald (2012), BeamtR, Teil B, § 37 Rn. 20.

²⁷³ Reich (2012), § 37 Rn. 9.

²⁷⁴ § 37 Abs. 2 Nr. 2 BeamStG.

²⁷⁵ Dammann/Kutscha (1977), S. 51; Zängl (2009) K § 61 Rn. 40 m. w. N.

²⁷⁶ Reich (2012), § 37. Rn. 8; vgl. auch Schütz/Maiwald (2012), BeamtR, Teil B, § 37 Rn. 15.

²⁷⁷ Schütz/Maiwald (2012), BeamtR, Teil B, § 37 Rn. 15.

²⁷⁸ Battis (2009), Rn. 9.

²⁷⁹ Schütz/Maiwald (2012), BeamtR, Teil B, § 37 Rn. 19.

²⁸⁰ § 37 Abs. 2 Satz 2 BeamStG.

²⁸¹ Schütz/Maiwald (2012), BeamtR, Teil B, § 37 Rn. 21.

*Grundordnung*²⁸² sein. Denn diese Pflicht geht der Verschwiegenheitspflicht nur dann vor, wenn eine konkrete Gefahr für die freiheitlich demokratische Grundordnung droht. Hierfür reicht es nicht aus, wenn „bloße“ Verfassungsverstöße einer Behörde beobachtet werden. Vielmehr müsste sich z. B. eine konspirative, verfassungsfeindliche Gruppierung innerhalb der Behörde herausbilden.²⁸³ Diese Schwelle dürfte selten bis nie erreicht sein.

Zur Umsetzung von Artikel 9 des Zivilrechtsübereinkommens über Korruption des Europarats vom 4. November 1999 im Bereich des öffentlichen Dienstrechts wurde mit § 37 Abs. 2 Nr. 3 BeamStG eine weitere Ausnahme von der Verschwiegenheitspflicht geschaffen²⁸⁴. Beamtinnen und Beamte sind seither von der Verschwiegenheitspflicht befreit, wenn sie einen durch Tatsachen *begründeten Verdacht einer Korruptionsstraftat* nach den §§ 331 bis 337 StGB gegenüber der zuständigen obersten Dienstbehörde, einer Strafverfolgungsbehörde, oder einer durch Landesrecht bestimmten Stelle anzeigen. Erwin Schütz/Joachim Maiwald vermuten, dass die Norm auch Fälle betrifft, bei denen mehrere Verwaltungszweige involviert sind und eine Beamtin oder ein Beamter den Verdacht einer Korruptionsstraftat im Umfeld einer der anderen beteiligten Verwaltungen hegt²⁸⁵. Diese Ausnahmeregelung kann explizit als Whistleblowing-Regelung verstanden werden. Die in diesem Zusammenhang für die Beamtinnen und Beamten bestehenden Unsicherheiten konnten damit aber nicht vollständig behoben werden. So ist der Anwendungsbereich dieser Ausnahmeregelung auf einige Korruptionsstraftaten beschränkt und die Zulassungsvoraussetzungen sind nicht eindeutig. Denn neben der Verschwiegenheitspflicht bestehen weitere relevante Pflichten, wie das achtungs- und vertrauenswürdige Verhalten, die Beratungs- und Unterstützungspflicht gegenüber Vorgesetzten sowie die Einhaltung des Dienstwegs. Diese werden von der Neuregelung nicht erwähnt und könnten daher Korruptionsanzeigen im Wege stehen.²⁸⁶ Bei der Auslegung ergibt sich die Schwierigkeit, dass Wortlaut und Systematik der Norm dafür sprechen, dass Beamtinnen und Beamten nur von der

²⁸² § 37 Abs. 2 Satz 2 BeamStG.

²⁸³ GKÖD Bd. II, J 530 Rn. 100.

²⁸⁴ Deutscher Bundestag, Drucksache 16/4027, S. 32.

²⁸⁵ Schütz/Maiwald (2012), § 37 Rn. 20.

²⁸⁶ Király (2010), S. 894.

Verschwiegenheitspflicht entbunden sind und aufgrund der anderen Pflichten weiterhin grundsätzlich zuerst die Vorgesetzten zu unterrichten haben. Die Entstehungsgeschichte und der Normzweck wiederum legen nahe, dass es Beamtinnen und Beamte möglich sein soll, direkt auf die genannten externen Stellen zuzugehen.²⁸⁷ Andrei Király kommt zu dem Schluss, dass die Neuregelung extensiv zu verstehen ist und sonstige Beamtenpflichten im Falle von Korruptionsanzeigen restriktiv ausgelegt werden müssen²⁸⁸.

Verfassungsfreundliche Auslegung

Der Geheimhaltungsgrundsatz steht als hergebrachter Grundsatz des Berufsbeamtentums im Verfassungsrang. Daraus folgt aber nicht, dass den Geheimhaltungsinteressen gegenüber Informations- und Offenbarungsinteressen der absolute Vorrang eingeräumt ist. Um diese verfassungsrechtliche Spannungslage aufzulösen, sind neben dem rechtsstaatlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz auch die Auslegungsmaßstäbe der praktischen Konkordanz bzw. der zu wahrenen Einheit der Verfassung heranzuziehen.²⁸⁹

In Bezug auf Whistleblowing ist dabei zunächst bedeutsam, dass der Geheimhaltungsgrundsatz nicht nur hinderlich sein kann. Dies ist der Fall, wenn ein Whistleblower einer Behörde nur unter Zusicherung der Vertraulichkeit Informationen zukommen lassen möchte, weil er persönliche Nachteile fürchtet, wenn sein Name bekannt wird. Wird von der Behörde Vertraulichkeit zugesagt, liegt deren Wahrung auch im öffentlichen Interesse. Ein Bruch würde die Bereitschaft der Bevölkerung, Informationen, z. B. zur Korruptionsbekämpfung, an Behörden zu geben, reduzieren.²⁹⁰ Daraus kann sich ein Konflikt zwischen behördlichem Geheimhaltungsinteresse und individuellem Auskunftsverlangen eines Beschuldigten bzw. von der Informationsweitergabe negativ Betroffenen ergeben. Weil es keine ausdrücklichen gesetzlichen Regelungen gibt, steht die

²⁸⁷ Király (2010), S. 895.

²⁸⁸ Király (2010), S. 896.

²⁸⁹ GKÖD Bd. II, J 530 Rn. 11; Darauf geht Siegfried Zängl nicht ein, wenn er schreibt „Dabei kommt den dienstlichen Interessen an der Geheimhaltung grundsätzlich der Vorrang zu.“ und ebenso absolut „Der Beamte darf daher nicht unter Berufung auf seine Meinungsfreiheit Angelegenheiten offenbaren, die der Verschwiegenheitspflicht unterliegen.“ Zängl (2009), K § 61 Rn. 14.

²⁹⁰ Zängl (2009), K § 61 Rn. 63a m. w. N.

Bekanntgabe im pflichtgemäßen Ermessen der Behörde. Die Entscheidung ist am Staatswohl zu messen und muss berücksichtigen, ob bei Nennung des Namens des Informanten die Erfüllung öffentlicher Aufgaben ernsthaft gefährdet oder erheblich erschwert würde. Im Ergebnis dürfte das Geheimhaltungsinteresse regelmäßig nur dann zurücktreten, wenn die Zusage der Vertraulichkeit verwirkt wurde. Das ist der Fall bei böswilligen oder leichtfertig ehrverletzenden Behördeninformationen.²⁹¹ Insofern kann sich aus der Verschwiegenheitspflicht ein wirkungsvoller Whistleblower-Schutz durch Wahrung der Anonymität ergeben²⁹².

Inwieweit das Grundrecht der Meinungsfreiheit die Pflicht zur Amtsverschwiegenheit einzuschränken ist, muss von Fall zu Fall beurteilt werden²⁹³.

Ein Gedankenaustausch über die dienstliche Tätigkeit und die gegenseitige Beratung der Beamtinnen und Beamten untereinander dürfte z. B. nicht unter das Gebot der Amtsverschwiegenheit fallen. Zum einen liegt ein solcher Austausch im Interesse des Staates und zum anderen wäre die Meinungsfreiheit zu stark beeinträchtigt.²⁹⁴

Daneben schränkt auch das Personalvertretungsrecht die Amtsverschwiegenheit ein. In der Personalversammlung²⁹⁵ dürfen alle Angelegenheiten behandelt werden, die einen unmittelbaren Bezug zur Dienststelle oder den Beschäftigten haben. Eine Grenze ist dort zu ziehen, wo konkrete Beeinträchtigungen des Arbeitsablaufs oder des Friedens in der Dienststelle auftreten. Prinzipiell sind die Beamtinnen und Beamten auf der Personalversammlung daher berechtigt, auf Missstände hinzuweisen und Kritik an der Leitung der Dienststelle zu üben.²⁹⁶

Umstritten ist, inwieweit sich Einschränkungen der Verschwiegenheitspflicht aus der verfassungskonformen Interpretation im Hinblick auf das verfassungsmäßige Koalitionsrecht nach Art. 9 Abs. 3 GG ergeben. Klaus Dammann und Martin Kutscha argumentieren, dass es zur wirksamen Interessenvertretung erforderlich

²⁹¹ GKÖD Bd. II, J 530 Rn. 14; zur Abwägung der Interessen der Beschuldigten und des Informanten vgl. auch Zängl (2009), K § 61 Rn. 65.

²⁹² Vgl. die entsprechende einfachgesetzliche Regelung in Baden-Württemberg, § 57 Abs. 2 LBG.

²⁹³ GKÖD Bd. II, J 530 Rn. 15.

²⁹⁴ Dammann/Kutscha (1977), S. 51 f. mit Hinweis auf Cornelius/Gester/Woschech (1964), S. 47.

²⁹⁵ § 52 LPVG.

²⁹⁶ Dammann/Kutscha (1977), S. 52 m. w. N.

sei, dass Gewerkschaften öffentlich Kritik an Missständen in den Dienststellen üben können. Diese könnten aber nur über ihre in den Dienststellen beschäftigten Mitglieder hiervon erfahren. Eine extensive Interpretation der Pflicht zur Amtsverschwiegenheit komme nicht infrage, weil die koalitionsmäßigen Rechte erheblich eingeschränkt wären, wenn Beamtinnen und Beamte überhaupt keine Informationen über dienstliche Angelegenheiten an die jeweilige Gewerkschaft weitergeben dürften.²⁹⁷ Anders begründete das OVG Münster seine Entscheidung, dass der Beschuldigte nicht berechtigt gewesen sei, der Gewerkschaft angebliche Dienstpflichtverletzungen von Angehörigen seiner Dienststelle mitzuteilen. Wenn Beamtinnen und Beamte über solche Angelegenheiten ohne Genehmigung nicht einmal vor Gericht oder anderen Behörden aussagen dürfen, gelte das Verbot erst recht gegenüber Gewerkschaften.²⁹⁸ Dieser Schluss leuchtet ein. Auch Hans-Dietrich Weiß sieht es kritisch, wenn Personalvertretungen durch eine „Flucht zur Gewerkschaft“ ihre Interessen durchsetzen möchten. Dies verletze die Pflicht zur vertrauensvollen Zusammenarbeit.²⁹⁹ Ein Personalrat ist zwar nicht Träger von Beamtenpflichten, er unterliegt aber beamtenrechtlichen Bindungen, wenn der Äußerungsgegenstand von ihm als Beamter erfahren wurde.³⁰⁰ Auch wenn der Beamte selbst Gewerkschaftsvertreter ist, bleibt er den Grundbindungen des Beamtenverhältnisses verhaftet. Er darf daher auch als Gewerkschaftsfunktionär keine Dienstinterna in die Öffentlichkeit tragen, um damit Druck gegen den Dienstherrn zu erzeugen. Sofern sich ein Beamter als Gewerkschaftsmitglied in der Öffentlichkeit sachlich kritisch über seine eigene Dienststelle äußert, dürfte er durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützt sein. Denn die Beschränkung gewerkschaftlicher Tätigkeit durch Art. 33 Abs. 5 GG darf nur so weit gehen, als dies zur Funktionsfähigkeit des öffentlichen Diensts erforderlich ist.³⁰¹

²⁹⁷ Dammann/Kutscha (1977), S. 53 f. m. w. N.

²⁹⁸ OVG Münster, ZBR, 1961, S. 248 f, zitiert bei Dammann/Kutscha (1977) und Zängl (2009), K § 61 Rn. 24a.

²⁹⁹ Weiß (2011), J 630 Rn. 69.

³⁰⁰ Weiß (2011), J 630 Rn. 69.

³⁰¹ Weiß (2011), J 630 Rn. 70.

4.3.3 Das Remonstrationsverfahren

Fraglich ist, ob auch das Remonstrationsverfahren Whistleblowing ermöglicht und wo seine Grenzen liegen. Nach § 35 Satz 2 BeamStG sind Beamtinnen und Beamte verpflichtet, dienstliche Anordnungen ihrer Vorgesetzten auszuführen. Dennoch tragen sie nach § 36 Abs. 1 BeamStG für die Rechtmäßigkeit³⁰² ihrer dienstlichen Handlungen die volle persönliche Verantwortung. Das in § 36 Abs. 2 BeamStG behandelte Remonstrationsverfahren bewegt sich damit im Spannungsverhältnis zwischen der persönlichen Verantwortung und der Gehorsamspflicht und soll diesen Konflikt auflösen³⁰³. Die Gehorsamspflicht wird während des Verfahrens oder bei besonders schweren Rechtsverletzungen ggf. endgültig eingeschränkt³⁰⁴. Das Remonstrationsverfahren sieht vor, dass Beamtinnen und Beamte Bedenken gegen die Rechtmäßigkeit von Anordnungen gegenüber ihren Vorgesetzten geltend machen. Wird die Anordnung aufrechterhalten und die Bedenken des Beamten bestehen fort, hat er sich an den nächsthöheren Vorgesetzten zu wenden. Bestätigt auch dieser die Anordnung, muss der Beamte diese ausführen, ist aber von der eigenen Verantwortung befreit. Neben der Entlastung des ausführenden Beamten von der Verantwortung und seines Haftungsrisikos soll hierdurch auch die Rechtmäßigkeit des Verwaltungshandelns gefördert und die Eigenverantwortlichkeit der Beamten für die Rechtmäßigkeit ihrer Handlungen gesichert werden. Gleichzeitig soll aber auch gewährleistet werden, dass Anordnungen, welche die Vorgesetzten für rechtmäßig halten, grundsätzlich ausgeführt werden.³⁰⁵ Dies gilt jedoch nicht für Anordnungen, deren Ausführung die Würde des Menschen verletzen würde oder straf- sowie ordnungswidrig wäre. Neben dem Gesetzeswortlaut sind auch Anordnungen unverbindlich, die auf eine offenkundig rechtswidrige dienstliche Handlung zielen³⁰⁶. Die Beamtinnen und Beamten sind bei solchen Anordnungen von vorneherein von der Gehorsamspflicht entbunden³⁰⁷.

³⁰² Nach Art. 20 Abs. 3 GG geht die Rechtmäßigkeit über die reine Gesetzmäßigkeit hinaus, Reich (2012), § 36 Rn.2 m. w. N.

³⁰³ Schütz/Maiwald (2012), BeamtR, Teil B, § 36 Rn. 1, 19.

³⁰⁴ Zängl (2009), K § 56 Rn. 25.

³⁰⁵ Simianer (2004), S. 152.

³⁰⁶ Schütz/Maiwald (2012), BeamtR, Teil B, § 36, Rn. 17; Weiß (1994), S. 326, 333, 336 f; ablehnend Felix (1993), S. 143.

³⁰⁷ Quambusch (2003), S. 364.

„Bedenken“ i. S. v. § 36 Abs. 2 BeamStG sind subjektiv zu verstehen. Objektiv muss eine Rechtswidrigkeit nicht vorliegen, weil das Remonstrationsverfahren gerade auch klären soll, ob eine Weisung rechtmäßig oder rechtswidrig ist.³⁰⁸ Allerdings muss der Beamte ernstzunehmende Zweifel an der Rechtmäßigkeit einer dienstlichen Anordnung haben³⁰⁹. Die Bedenken sind unverzüglich (ohne schuldhaftes Zögern) beim unmittelbaren Vorgesetzten geltend zu machen. Dies gilt aufgrund der Dienstwegbindung auch dann, wenn die Anordnung von einem höheren Vorgesetzten stammt. In diesem Fall muss der angegangene unmittelbare Vorgesetzte auf dem Dienstweg eine Klärung suchen, wenn er die Bedenken teilt. Denn er selbst darf auf eine Remonstration hin nur eigene Anordnungen aufheben.³¹⁰

Charakter des Remonstrationsverfahrens

Das Remonstrationsverfahren ist kein hergebrachter Grundsatz des Beamtentums i. S. v. Art. 33 Abs. 5³¹¹. Dabei ist der rechtliche Stellenwert, also ob es sich um ein Recht oder eine Pflicht handelt, umstritten³¹². Eine Auslegung des § 36 Abs. 2 BeamStG ist, dass es sich bei der Remonstration um eine beamtenrechtliche Pflicht handelt. Bereits die Auslegung nach dem Wortlaut, wonach Beamtinnen und Beamte Bedenken gegen die Rechtmäßigkeit geltend zu machen haben, legt nahe, dass es sich um eine Pflicht handelt. Auch die systematische Auslegung deutet darauf hin, weil § 36 Abs. 2 BeamStG von verschiedenen Pflichten in seiner systematischen Stellung umrahmt wird. Auch Sinn und Zweck der Regelung sprechen dafür, weil durch die Einordnung des Remonstrationsverfahrens als Dienstpflicht das rechtsstaatliche Handeln der Verwaltung sichergestellt werden soll. Dieser Zweck könnte nicht erreicht werden, wenn die Remonstration in das beliebige Ermessen der Beamtinnen und Beamten gestellt würde. Die Konsequenz dieser Auslegung ist, dass das

³⁰⁸ Felix (1993), S. 150.

³⁰⁹ Schütz/Maiwald (2012), BeamtR, Teil B, § 36, Rn. 11.

³¹⁰ Schütz/Maiwald (2012), BeamtR, Teil B, § 36 Rn. 12.

³¹¹ Jachmann (2010), Art. 33 Rdnr. 30.

³¹² Felix (1993), S. 145; vgl. auch Zängl (2009), K § 56 Rn. 26; Weiß (1994), S. 327.

Nichtbeachten der Remonstrationspflicht disziplinarrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen könnte.³¹³

Eine hiervon abweichende Auslegung kommt zu dem Schluss, dass die Remonstration ein subjektives Recht der Beamten darstellt. Ausgangspunkt dieser Überlegung ist, dass das Remonstrationsverfahren die einzige Möglichkeit für Beamtinnen und Beamten darstellt, bei Zweifeln an der Rechtmäßigkeit eigener dienstlicher Handlungen, von der persönlichen Haftung freigestellt zu werden. Daraus folgt, dass die Beamtinnen und Beamten mit ihren Bedenken gehört werden müssen. Weiterhin stützt sich die Auslegung auch auf den Wortlaut, weil dieser mit der Möglichkeit, eine schriftliche Bestätigung zu erlangen, deutlich macht, dass das Remonstrationsverfahren dem Schutz der Beamten dient.³¹⁴

Daneben führt die Bewertung der Remonstration als Pflicht zu unbefriedigenden Ergebnissen. Würde eine Beamtin oder ein Beamter trotz Bedenken gegen die Rechtmäßigkeit einer Anordnung nicht remonstrieren und die Handlung wäre tatsächlich rechtswidrig, würde sich die Dienstpflichtverletzung bereits aus § 36 Abs. 1 BeamStG ergeben. Sofern die Diensthandlung objektiv rechtmäßig wäre, müssten Beamtinnen und Beamte disziplinarisch belangt werden, weil sie trotz ihrer Bedenken nicht remonstriert haben. Jemanden disziplinarisch belangen zu wollen, obwohl dieser objektivrechtlich korrekt gehandelt hat, erscheint unsinnig.³¹⁵ Dagmar Felix folgert, dass es sich bei der Remonstration um eine öffentlich-rechtliche Obliegenheit handele; also um ein Gebot des eigenen Interesses. Diese Auslegung entspreche am ehesten dem Sinn des Verfahrens sowie der Interessenlage aller Beteiligten.³¹⁶

Entscheidend für die Einschätzung dürfte letztendlich sein, welchen Sinn und Zweck man dem Remonstrationsverfahren im Kern zumisst. Nach Erwin Schütz/Joachim Maiwald ist es zuvorderst ein Instrument zur Auflösung des Konflikts zwischen persönlicher Verantwortung und Folgepflicht. Die Sicherstellung der Rechtmäßigkeit des Verwaltungshandelns sei hingegen lediglich Nebenzweck.³¹⁷ Erwin Schütz/Joachim Maiwald sprechen daher von

³¹³ Vgl. Schulz (2008), S. 108.

³¹⁴ Felix (1993), S. 146 f.

³¹⁵ Felix (1993), S. 148 ff.

³¹⁶ Felix (1993), S. 152 ff.

³¹⁷ Schütz/Maiwald (2012), BeamtR, Teil B, § 36 Rn. 1, vgl. auch Rn. 10.

Pflicht und Recht³¹⁸. Zängl sieht im Remonstrationsverfahren eine Dienstpflicht und stützt dies auf den Wortlaut³¹⁹ sowie die zweifache Zweckbestimmung. Danach ist die Remonstrationspflicht zum einen Ausdruck der Treuepflicht gegenüber dem Dienstherrn sowie der Unterstützungs- und Beratungspflicht. Dabei steht der Aspekt der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung im Vordergrund. Daneben sieht Siegfried Zängl aber auch, dass die Remonstration der Lösung des Spannungsverhältnisses zwischen persönlicher Verantwortung und Gehorsamspflicht dient. In Bezug auf diesen Aspekt der Eigenverantwortung des Beamten konzentrierte sich der Pflichtcharakter der Remonstration auf eine Verfahrenspflicht.³²⁰ Durch die zweifache Zweckbestimmung der Remonstration ist deren Charakter schwer zu greifen. Es dürfte vertretbar sein, von einem subjektiven Recht und einer Handlungspflicht³²¹ zu sprechen.

Aus alledem wird deutlich, dass es sich bei der Remonstration in der Regel nicht um Whistleblowing handelt. So ist die Remonstration ein Instrument um das Spannungsverhältnis zwischen Gehorsamspflicht der Beamten und der vollen persönlichen Verantwortung für die Rechtmäßigkeit aufzulösen. Dabei steht zunächst die Entlastung der Beamtinnen und Beamten von der eigenen Verantwortung im Vordergrund. Insofern ist die Remonstration keine Whistleblowing-Regelung. Auch in ihrer zweiten Funktion, die Sicherung der Rechtmäßigkeit der Verwaltung zu unterstützen, dürfte regelmäßig kein Whistleblowing vorliegen. Denn gegenüber dem Vorgesetzten wird meist nichts „enthüllt“, sondern lediglich eine andere rechtliche Bewertung bekannter Tatsachen dargelegt. Nur wenn die Remonstration zum nächst höheren Vorgesetzten weiterverfolgt wird und dieser zuvor keine Kenntnis über die Tatsache bzw. Anordnung hatte, kann im Ansatz von internem Whistleblowing gesprochen werden.

³¹⁸ Schütz/Maiwals (2012), BeamtR, Teil B, § 36 Rn. 11.

³¹⁹ Zängl (2009), K § 56 Rn. 25.

³²⁰ Zängl (2009), K § 56 Rn. 26 f.

³²¹ Von einer Handlungspflicht spricht Reich (2012), § 36 Rn. 6, 9 f.

Grenzen und Probleme des Remonstrationsverfahrens

Dabei ist das Remonstrationsverfahren in seinen Wirkungsmöglichkeiten die Rechtstaatlichkeit der Verwaltung zu sichern aber stark eingeschränkt. Beamtinnen und Beamte können nur gegen Anordnungen, die ihnen aufgetragen wurden, remonstrieren. Somit können Bedenken gegen die Rechtmäßigkeit von Handlungen der jeweiligen Behörde, welche Kolleginnen und Kollegen oder Vorgesetzte betreffen, nicht mithilfe des Remonstrationsverfahrens vorgebracht werden. Auch Bedenken gegen die Zweckmäßigkeit einer dienstlichen Anordnung rechtfertigen kein Remonstrationsverfahren. Allerdings beinhaltet die Beratungs- und Unterstützungspflicht³²², dass Beamtinnen und Beamte ihren Vorgesetzten darlegen, ob und aus welchen Gründen sie eine Maßnahme für unzweckmäßig und rechtswidrig halten³²³. Zwecklos sind Remonstrationen, wenn ein Vorgesetzter und der nächsthöhere Vorgesetzte einvernehmlich entschlossen sind, das Recht zu brechen³²⁴.

Andreas Mark sieht in der Remonstrationspflicht dem Grunde nach dennoch ein sehr sinnvolles Instrument. Dieses gibt den Vorgesetzten mehr Handlungssicherheit und nimmt die Beamtinnen und Beamten mit in die Verantwortung. Daneben können sich diese im Falle der Remonstration auf eine Dienstpflicht berufen, was die Wertung des Handelns als Querulantum oder Illoyalität ausschließen sollte. Weiterhin ermöglicht die Ausprägung der Remonstration als Recht, die Expertise von Mitarbeitern zur Vermeidung von Fehlentscheidungen einzubeziehen. In der Realität stoße jedoch eigeninitiativ geäußerte Kritik oftmals auf wenig Begeisterung.³²⁵ Vorgesetzte können eine Remonstration als Angriff auf ihre fachliche Qualifikation und Autorität missverstehen. Das kann das Verhältnis zwischen Vorgesetztem und Mitarbeiter belasten. Denken die Beamtinnen und Beamten an ihr weiteres berufliches Fortkommen, können sie versucht sein, solche Situationen zu vermeiden.³²⁶ Vorgesetzte haben oft Defizite im Umgang mit Kritik an ihrem eigenen Handeln.

³²² § 35 Satz 1 BeamStG.

³²³ Battis (2009), § 62 Rn. 2; vgl. auch Schütz/Maiwald (2012), BeamtR, Teil B, § 36 Rn. 6, 10.

³²⁴ Quambusch (2003), S. 364; vgl. Schlappa/Kese (2003), S. 131.

³²⁵ Mark (2010), S. 176.

³²⁶ Quambusch (2003), S. 364; vgl. auch Mark (2010), S. 176.

Das fällt desto problematischer aus, je stärker sich ein Vorgesetzter über seine Position definiert.³²⁷ Als weiteres problematisches Element kommt die Konsensüberschätzung hinzu. Dabei geht ein Entscheidungsträger davon aus, dass sein eigener Standpunkt so logisch stringent und klar ist, dass es völlig unverständlich erscheint, dass jemand guten Gewissens anders darüber denken könnte.³²⁸ Für Beamtinnen und Beamte, die Kritik üben oder remonstrieren möchten, kommt erschwerend hinzu, dass auch Vorgesetzte, die sich bemühen, ihre Mitarbeiter gleichzubehandeln, dyadische Beziehungen mit diesen eingehen. Dabei werden Mitarbeiter mit ähnlichen Ansichten und Einstellungen der „In-Group“ des Vorgesetzten zugeordnet. Mit dieser Zuweisung steht das „In-Group-Bias“ in Verbindung, wonach die eigene Gruppe als besser, leistungsfähiger und wertvoller eingeschätzt wird als die „Out-Group“. Das hat Auswirkungen auf den Umgang und die Beurteilung der Mitarbeiter. Weil Mitarbeiter, die Kritik üben, eher der Out-Group zugeordnet werden, entstehen für diese Dilemma-Situationen bezüglich ihrer persönlichen Interessen und der Pflichterfüllung.³²⁹ Denn aufgrund dieser Zusammenhänge kommt die Gefolgschaftstreue gegenüber Vorgesetzten der Karriere in der Regel mehr zugute als die Gefolgschaftstreue gegenüber Rechtsnormen. Beamtinnen und Beamte, die remonstrieren, durchbrechen daher regelmäßig allgemein akzeptierte Verhaltensmuster und „stören“ dadurch.³³⁰ Für die Beamtinnen und Beamten ist es daher vielmehr opportun, die Ansicht des Vorgesetzten zu ergründen und zu übernehmen³³¹. Erwin Quambusch schätzt daher auch, dass die Remonstrationspflicht in der Praxis ignoriert wird. Der Verzicht auf die Remonstration stelle das normale Verhaltensmuster dar.³³² Denn die Annahme, dass Beamtinnen und Beamte entgegen ihrer real existierenden Interessenlage der Pflicht folgen und remonstrieren sei eine idealistische Überschätzung³³³. Das so eingeübte Verhalten erweist sich auf lange Sicht als enormes Risiko für die Gesamtorganisation, weil

³²⁷ Mark (2010), S. 177 f.

³²⁸ Mark (2010), S. 178.

³²⁹ Mark (2010), S. 179 f.

³³⁰ Quambusch (2003), S. 365.

³³¹ Quambusch (2003), S. 368.

³³² Quambusch (2003), S. 365.

³³³ Quambusch (2003), S. 364.

wesentliche Korrekturmechanismen unterdrückt werden und somit Problemanalysen und Handlungsentscheidungen defizitär ausfallen³³⁴.

Der Befund muss nachdenklich stimmen. Denn in Hinblick auf das Lebenszeitprinzip, welches die Unabhängigkeit der Beamten gewährleisten soll, sollte von Beamtinnen und Beamten ein Mindestmaß an Courage gegenüber ihren Dienstherren und Vorgesetzten erwartet werden können³³⁵. Die Remonstration könnte es den Beamtinnen und Beamten an sich ermöglichen, verantwortungsvoll im Sinne der Verfassung zu handeln, ohne gegenüber dem Dienstherrn die Pflicht zu Gehorsam und Treue zu verletzen. Im Gegenteil. Remonstrieren Beamtinnen und Beamte trotz ihrer Bedenken hinsichtlich der Rechtmäßigkeit einer Anordnung nicht, stellt dies ein Dienstvergehen dar.³³⁶

4.4 Einfluss der Europäischen Menschenrechtskonvention

Die EMRK zählt nicht zum materiellen Verfassungsrecht Deutschlands. Dennoch kommt ihr und der Rechtsprechung des EGMR zweifelsohne eine stetig wachsende Bedeutung für die weitere Entwicklung des nationalen Dienstrechts zu.³³⁷ Die Menschenrechtskonvention hat in der deutschen Rechtsordnung den Rang eines einfachen Gesetzes³³⁸. Gleichwohl kommt ihr eine wichtige Bedeutung als Interpretationshilfe bei der Auslegung des deutschen Rechts, einschließlich des Grundgesetzes, zu³³⁹. Damit nimmt die EMRK auf unterschiedlichen Ebenen Einfluss auf das Beamtenrecht:

- auf Ebene des Beamtenverfassungsrechts dient sie der Auslegung der Grundrechte und von Art. 33 Abs. 5 GG

³³⁴ Mark (2010), S. 181.

³³⁵ Das Bundesverfassungsgericht, BVerfGE 121, S. 205-233, Rn. 35 f., führt dazu aus, dass die Bereitschaft des Beamten zu einer rechtmäßigen Amtsführung durch das Bewusstsein seiner gesicherten Rechtsstellung gefördert werden soll. Die durch Lebenszeit- und Alimentationsprinzip erreichte Unabhängigkeit der Beamten, soll diese in die Lage versetzen, auch dann auf einer rechtsstaatlichen Amtsführung zu beharren, wenn dies politisch unerwünscht sein sollte. Die Beamten sollen in der Lage sein, Versuchen unsachlicher Beeinflussung zu widerstehen und ihrer Pflicht zur Beratung der Vorgesetzten unbefangen nachzukommen.

³³⁶ Schlappa/Kese (2003), S. 130.

³³⁷ Werres (2011b), S. 873 f. m. w. N.

³³⁸ Werres (2011b), S. 874.

³³⁹ Forst (2011), S. 3479 mit Verweis auf BVerfG, NJW, 2011, 1931 (1935f.).

- auf der Ebene des Beamtenrechts des Bundes ist die EMRK ranggleich und im Rahmen einer konventionskonformen Auslegung von Beamtengesetzen zu berücksichtigen
- dem Landesbeamtenrecht geht die EMRK vor³⁴⁰.

Zu den Rechten der EMRK gehört nach Art. 10 Abs. 1 das Recht auf freie Meinungsäußerung. Der Anwendungsbereich der Norm geht weiter als der von Art. 5 Abs. 1 GG, weil die bloße Mitteilung von Tatsachen und (auch unrichtigen) Informationen eingeschlossen ist³⁴¹. Art. 10 EMRK garantiert aber kein vorbehaltloses Recht zur freien Meinungsäußerung. Eingriffe sind gerechtfertigt, wenn sie eine gesetzliche Grundlage haben, mit dem Eingriff ein legitimes Ziel verfolgt und der Eingriff in einer demokratischen Gesellschaft notwendig ist.³⁴²

In die Meinungsäußerungsfreiheit von Beamtinnen und Beamten darf in weitergehendem Maß eingegriffen werden. Art. 10 Abs. 2 EMRK verweist insoweit auf die „Pflichten und Verantwortung“. Unter Hinweis auf diese besondere Schrankenbindung und die von Beamten und Beamtinnen zu fordernde besondere Verfassungstreue lassen sich Eingriffe in die Meinungsäußerungsfreiheit rechtfertigen. Die Mitgliedstaaten haben einen weiten Spielraum bezüglich der aus ihrer Sicht erforderlichen Pflichtenbindung.³⁴³ Der EGMR zählt die Meinungsfreiheit einerseits zu den wesentlichen Bedingungen der individuellen Persönlichkeitsentfaltung, andererseits aber auch zu den grundlegenden Funktionselementen eines freiheitlich-demokratischen Staates³⁴⁴.

Während in den Fällen *Kosiek* ./.. Deutschland bzw. *Glasenapp* ./.. Deutschland der EGMR noch befunden hat, dass Art. 10 EMRK keinen Schutz von Beschäftigten im öffentlichen Bereich fordere, markiert der Fall *Vogt* ./.. Deutschland den

³⁴⁰ Werres (2011a), Rn. 225; Werres (2011b), S. 874.

³⁴¹ Werres (2011b), S. 877.

³⁴² Düsel (2009), S. 64 f..

³⁴³ Werres (2011a), Rn. 234 und 236; Werres (2011b), S. 878.

³⁴⁴ Düsel (2009), S. 61 mit Verweis auf EGMR, 07.12.1976, *Handyside* ./.. Vereinigtes Königreich, Nr. 5493/72, Rn. 49.

Beginn der Anwendung von Art. 10 EMRK in Fragen des Kündigungsschutzes³⁴⁵. In dem Fall stand die Entlassung einer Lehrerin aus dem Beamtenverhältnis wegen ihrer Aktivitäten in der Deutschen Kommunistischen Partei (DKP) zur Beurteilung. Der EGMR betont in dieser Entscheidung die Bedeutung der Meinungsäußerungsfreiheit und deren Gültigkeit für Beamte. Dabei gesteht der EGMR einem Staat zu, von seinen Beamten eine besondere Treue zur Verfassung einzufordern. Insgesamt kam in diesem Fall der EGMR in der Abwägung aber zu dem Ergebnis, dass die negativen Auswirkungen der Entfernung aus dem Dienst die negativen Auswirkungen der politischen Tätigkeit in der DKP überwogen haben.³⁴⁶ Detlef Merten kritisiert dabei, dass der EGMR die Besonderheiten des deutschen Beamtenverfassungsrechts verkannt habe, als er mit sehr knapper Mehrheit in der Entlassung der Lehrerin einen Verstoß gegen die Meinungsfreiheit der EMRK gesehen hat³⁴⁷.

In seiner neueren Rechtsprechung hat sich der EGMR zu einem gewissen Grad von den Grundsätzen der Entscheidung im Fall Vogt distanziert. Im Fall Otto ./ Deutschland geht der EGMR davon aus, dass die bloße Mitgliedschaft in einer verfassungsfeindlich gesinnten Partei die Versagung einer Beförderung rechtfertigt. So liegt die Vermutung nahe, dass in Hinblick auf die Bedeutung der Verfassungstreuepflicht auch unter Berücksichtigung der EMRK nicht zu strenge Maßstäbe an entsprechende Maßnahmen von Dienstherren zu stellen sind.³⁴⁸

Im Fall Rose ./ Deutschland wurde gegen einen Oberstleutnant eine Geldbuße von 750 Euro verhängt. Er hatte sich mit einem Artikel mit dem Titel „Geist oder Ungeist der Generalität“³⁴⁹ in einer Zeitschrift kritisch über die Rolle deutscher Generäle im Irakkrieg geäußert. Zwar stellte die Disziplinarmaßnahme einen Eingriff in das Recht auf freie Meinungsäußerung dar, jedoch befand der Gerichtshof diese für verhältnismäßig. Mit der Maßnahme wurde das legitime

³⁴⁵ Düssel (2009), S: 61 mit Verweis auf EGMR, 28.08.1986, Kosiek ./ Deutschland, Nr. 9704/82; EGMR, 28.08.1986, Glasenapp ./ Deutschland, Nr. 9228/80 und EGMR, 26.09.1995, Vogt ./ Deutschland, Nr. 17851/91.

³⁴⁶ Werres (2011b), S. 878.

³⁴⁷ Merten (1999), S. 349; Werres (2011b), S. 878 teilt die Kritik der Literatur an diesem Urteil.

³⁴⁸ Werres (2011b), S. 878 unter Hinweis auf EGMR, 24.11.2005, Otto ./ Deutschland, Nr. 27574/02.

³⁴⁹ EGMR, 14.09.2010, Rose ./ Deutschland, Nr. 51001/07, S. 2.

Ziel verfolgt, die Funktionsfähigkeit der Bundeswehr zu wahren. Weiterhin wurde die Äußerung als ehr- und rufschädigend bewertet.³⁵⁰

In dem unter 1.1 bereits angesprochenen Fall Heinisch. ./.. Deutschland stellte der EGMR fest, dass es sich bei der erstatteten Strafanzeige gegen die Arbeitgeberin um Whistleblowing handelte, welches unter Art. 10 EMRK fällt. Die daraus folgende Kündigung stellte einen Eingriff in das Recht auf freie Meinungsäußerung dar.³⁵¹ Der Gerichtshof bekräftigte, dass Art. 10 EMRK auch in Fällen der Meinungsäußerung von Beamten oder Angestellten des öffentlichen Dienstes für das Arbeitsleben allgemein gilt³⁵². Weil der Eingriff gesetzlich vorgesehen war, prüfte der EGMR, ob der Eingriff notwendig und angemessen war³⁵³. Bezugnehmend auf die Entscheidung Guja ./.. Moldau³⁵⁴ weist der Gerichtshof darauf hin, „dass Hinweise auf strafbares oder rechtswidriges Verhalten am Arbeitsplatz durch Beschäftigte des öffentlichen Dienstes unter gewissen Umständen Schutz genießen sollten. Das gilt insbesondere dann, wenn dem betroffenen Beschäftigten oder Beamten als einziger Person oder als Teil einer kleinen Personengruppe die Umstände am Arbeitsplatz bekannt sind und er deshalb am besten in der Lage ist, im Interesse der Allgemeinheit zu handeln und den Arbeitgeber oder die Öffentlichkeit auf Missstände hinzuweisen“³⁵⁵. Die Hinweise sollten wegen der Pflicht zur Loyalität und zur Diskretion allerdings gegenüber Vorgesetzten oder zuständigen Stellen vorgebracht werden³⁵⁶. Der EGMR stellt darüber hinaus Kriterien zur Beurteilung der Verhältnismäßigkeit auf:

- Das öffentliche Interesse an der offengelegten Information
- Authentizität der offengelegten Information (Pflicht zur Prüfung, ob die Informationen zutreffend und zuverlässig sind)
- Durch die Veröffentlichung verursachter Schaden beim Arbeitgeber

³⁵⁰ Werres (2011b), S. 879 unter Hinweis auf EGMR, 14.09.2010, Rose ./.. Deutschland, Nr. 51001/07.

³⁵¹ EGMR, 21.07.2001, Heinisch ./.. Deutschland, Nr. 28274/08, Rn. 43.

³⁵² EGMR, 21.07.2001, Heinisch ./.. Deutschland, Nr. 28274/08, Rn. 44.

³⁵³ EGMR, 21.07.2001, Heinisch ./.. Deutschland, Nr. 28274/08, Rn. 49 f.

³⁵⁴ EGMR, 19.02.2009, Guja ./.. Moldau, Nr. 14277/04, Rn. 72.

³⁵⁵ EGMR, 21.07.2001, Heinisch ./.. Deutschland, Nr. 28274/08, Rn. 63.

³⁵⁶ EGMR, 21.07.2001, Heinisch ./.. Deutschland, Nr. 28274/08, Rn. 65.

- Beweggründe des Informanten (Offenlegung in gutem Glauben und im öffentlichen Interesse)
- Die gegen den Informanten verhängte Strafe und ihre Folgen.³⁵⁷

In der Abwägung des Kriteriums des Schadens des Arbeitgebers führt der EGMR eine Unterscheidung zwischen privatwirtschaftlichen und staatlichen Unternehmen der Daseinsvorsorge ein. Allgemein gilt, dass nicht nur die Anteilseigner und Angestellten ein Interesse am wirtschaftlichen Erfolg und der Lebensfähigkeit von Unternehmen haben, sondern auch die Gesellschaft. Bei staatlichen Unternehmen der Daseinsvorsorge komme hinzu, dass der Schutz des Vertrauens der Allgemeinheit in die Qualität der Leistungen, die von solchen staatlichen Unternehmen erbracht werden, für das Funktionieren und die Wirtschaftlichkeit des gesamten Sektors entscheidend ist. Daher haben nach Auffassung des Gerichts die staatlichen Anteilseigner selbst ein Interesse daran, dass mutmaßliche Mängel in einer freien öffentlichen Debatte ermittelt und aufgeklärt werden. Der EGMR kommt so zu dem Schluss, dass das Interesse der Allgemeinheit, über Pflegemissstände in einem staatlichen Unternehmen informiert zu werden so gewichtig ist, dass es das Interesse am Schutz des geschäftlichen Rufs überwiegt.³⁵⁸

4.5 Zwischenergebnis

Die rechtlichen Rahmenbedingungen für Whistleblowing durch Beamtinnen und Beamte können noch nicht als vollständig befriedigend bezeichnet werden. Zwar gilt z. B. die Meinungsfreiheit prinzipiell auch im Beamtenverhältnis, jedoch besteht durch die erforderliche Einzelfallabwägung verschiedener Verfassungsgüter für potentielle Whistleblower ein kaum einschätzbares rechtliches Risiko. Das Petitionsrecht ermöglicht einerseits, dass sich Beamtinnen und Beamte direkt an die Volksvertretung richten können. Andererseits ist dann bei dienstlichen Angelegenheiten die Verschwiegenheitspflicht zu beachten. So besteht mit dem Antrags- und Beschwerderecht lediglich eine umfassende Regelung für internes Whistleblowing. Denn auch eine Ausnahme von der

³⁵⁷ EGMR, 21.07.2001, Heinisch ./.. Deutschland, Nr. 28274/08, Rn. 66 ff.

³⁵⁸ EGMR, 21.07.2001, Heinisch ./.. Deutschland, Nr. 28274/08, Rn. 89 f.

Verschwiegenheitspflicht lässt externes Whistleblowing nur in einem sehr eng begrenzten Bereich – der Anzeige von Korruptionsstraftaten – zu. Das Remonstrationsverfahren wiederum wird regelmäßig überhaupt nicht als Whistleblowing zu deuten sein. Denn remonstriert werden kann nur gegenüber dem direkten Vorgesetzten. Für diesen ist die dienstliche Anordnung, gegen welche remonstriert wird, keine „Enthüllung“ im Sinne von Whistleblowing. Gezeigt wurde ebenfalls, dass die Remonstration nur dann gut funktionieren kann, wenn eine entwickelte Verwaltungskultur vorhanden ist, die Fehlerkommunikation zulässt und wenig Toleranz gegenüber Regelverstößen zeigt³⁵⁹. Künftig könnte allerdings Art. 10 EMRK in der Gesetzgebung und Rechtsprechung in der Art ausstrahlen, dass im öffentlichen Sektor in mehr Fällen Whistleblowing zulässig wird. Denn zumindest für den Bereich der Daseinsvorsorge hat der EGMR ein besonderes Interesse der Allgemeinheit anerkannt, von Missständen zu erfahren.

5 Rechtliche Bewertung des Anzeigerechts nach dem Entwurf des Whistleblower-Schutzgesetzes

5.1 Auslegung des Anzeigerechts

5.1.1 Anzeigen gegenüber einer zuständigen außerbehördlichen Stelle

§ 37a Abs. 1 BeamStG-E soll ein Anzeigerecht außerhalb des Dienstwegs gegenüber zuständigen außerbehördlichen Stellen begründen. Darunter ist diejenige Stelle zu verstehen, die für die Beseitigung des in Rede stehenden Missstandes zuständig ist³⁶⁰. Fraglich ist, ob die Norm auch Fälle regelt, bei denen die betroffene Behörde selbst für die Beseitigung der Missstände zuständig ist. Man wird zumindest annehmen dürfen, dass wenn der Dienstweg schon bei Anzeigen gegenüber außerbehördlichen Stellen nicht eingehalten werden muss, dieser erst recht bei Anzeigen innerhalb der Behörde unbeachtlich sein soll. Damit die Rechtsfolge (Berechtigung der Beamtinnen und Beamten sich ohne Einhaltung des Dienstweges an die zuständige Stelle wenden zu dürfen) greift,

³⁵⁹ Vgl. PwC (2010a).

³⁶⁰ Deutscher Bundestag, Drucksache 17/9782, S. 12.

müssen die Beamtinnen und Beamten aufgrund „konkreter Anhaltspunkte“ zu einer in den Ziffern 1 bis 3 des § 37a Abs. 1 BeamStG aufgeführten „Auffassung“ gelangt sein. Hinsichtlich dieses Tatbestandmerkmals führt die Gesetzesbegründung an, dass von einem subjektiven Beurteilungshorizont auszugehen sei. Dieser subjektive Bewertungsmaßstab setze eine echte Überzeugung und konkrete Anhaltspunkte für die Auffassung der Beamtinnen und Beamten voraus. Damit sind falsche Rückschlüsse aus konkreten Anhaltspunkten vom Anwendungsbereich der Norm erfasst, substanzloses Querulamentum oder reine Racheakte jedoch nicht.³⁶¹ Weiterhin verweist die Begründung hinsichtlich des Tatbestandmerkmals „aufgrund konkreter Anhaltspunkte der Auffassung“ auf die wortgleiche Formulierung aus dem Anzeigerecht in § 17 Abs. 2 Arbeitsschutzgesetz³⁶². Nach dieser Norm ist es nicht erforderlich, dass objektiv Gefahren oder die Verletzungen eines relevanten Rechts vorliegen. Da die notwendige Sachkenntnis für die sichere Beurteilung der objektiven Situation nicht vorausgesetzt werden kann, reicht vielmehr eine subjektive Einschätzung aus. Allerdings müssen Tatsachen vorliegen, die für den Verdacht einer Pflichtverletzung sprechen; bloße Vermutungen genügen nicht.³⁶³

Bei der ersten Fallkonstellation erscheint in § 37a Abs. 1 Nr. 1 BeamStG-E das Tatbestandsmerkmal „Angehörige oder ein Angehöriger ihrer jeweiligen Behörde oder Dienststelle“ konkretisierungsbedürftig. Fraglich ist, ob z. B. auch über eine Personalgestellung oder Personalleihe beschäftigte Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer und abgeordnete Beamtinnen und Beamte darunter fallen. Vom Sinn und Zweck der Norm ausgehend, sollten diese Personengruppen mit eingeschlossen werden. Abgesehen davon, dass ansonsten für durch diese Personengruppe begangene Straftaten eine Regelungslücke existieren würde, spricht dafür, dass diese dieselben Aufgaben wahrnehmen, wie Beschäftigte und Beamte der jeweiligen Behörde.

Weiterhin erscheint klärungsbedürftig, was unter den Begriff „vorsätzliche Straftat“ zu fassen ist. Unklar ist, ob sich „vorsätzlich“ auf die Strafnorm – wie

³⁶¹ Deutscher Bundestag, Drucksache 17/9782, S. 9.

³⁶² Deutscher Bundestag, Drucksache 17/9782, S. 9 f.

³⁶³ Kollmer (2005), § 17, Rn. 19.

der Wortlaut vermuten lässt – oder auf das Handeln einer Person bezieht. Nach der Gesetzesbegründung erfolgt die Abgrenzung zu fahrlässigen Straftaten deshalb, weil bei diesen das besondere Treueverhältnis der Beamtinnen und Beamten es gebiete, innerhalb der Behörde Abhilfe zu verlangen³⁶⁴. Die Begriffsbestimmung wird aber nur zusammen mit der Abgrenzung zu § 37a Abs. 1 Nr. 1 BeamStG-E deutlich. Danach fallen unter § 37a Abs. 1 Nr. 2 BeamStG-E auch fahrlässige Straftaten Dritter, weil durch die Formulierung „wissentlich in Kauf genommen hat“ auf das Vorsatzelement bei den Angehörigen der Behörde abgestellt wird³⁶⁵. Weil § 37a Abs. 1 Nr. 2 BeamStG-E auf das Vorsatzelement von Personen innerhalb der Behörde abstellt, legt dies den Schluss nahe, dass der Begriff „vorsätzliche Straftat“ in § 37a Abs. 1 Nr. 1 BeamStG-E meint, dass eine Straftat vorsätzlich begangen wurde.

Im Gegensatz zu den beiden vorgehenden Fallkonstellationen zielt § 37a Abs. 1 Nr. 3 BeamStG-E nicht auf Straftaten ab, sondern darauf, dass im Zusammenhang mit der behördlichen Tätigkeit einigen abschließend aufgezählten Rechtsgütern³⁶⁶ eine gegenwärtige Gefahr droht. Die Gesetzesbegründung versucht der Fehldeutung des Begriffs einer „gegenwärtigen Gefahr“ mit Verweis auf den Gefahrenbegriff des rechtfertigenden Notstands (§ 34 StGB, § 904 BGB) vorzubeugen. Denn im polizeilichen Verständnis hat bei einer „gegenwärtigen Gefahr“ die Störung der öffentlichen Sicherheit bereits begonnen³⁶⁷, während hier – das kommt auch durch das Wort „droht“ zum Ausdruck – von einer Sachlage auszugehen ist, deren ungehinderte Weiterentwicklung den Eintritt eines Schadens besorgen lässt.

Von den genannten Rechtsgütern erscheint vor allem das „Persönlichkeitsrecht“ erläuterungsbedürftig. Dieses umfasst das Recht des Menschen auf Achtung seiner Würde und auf freie Entfaltung seiner Persönlichkeit. Es schützt vor einem Eindringen in die Privatsphäre und Ehrverletzungen. Im Bereich des öffentlichen

³⁶⁴ Deutscher Bundestag, Drucksache 17/9782, S. 12.

³⁶⁵ Deutscher Bundestag, Drucksache 17/9782, S. 12.

³⁶⁶ Es handelt sich um bedeutsame Rechtsgüter, deren Verletzung nicht ohne weiteres wieder rückgängig gemacht werden kann, Deutscher Bundestag, Drucksache 17/9782, S. 12. Um die Regelung nicht ausufern zu lassen, wurde von der Aufnahme des Tatbestandmerkmals „Eigentum“ bewusst abgesehen, Deutscher Bundestag, Drucksache 17/9782, S. 10.

³⁶⁷ Tilch/Arloth (2001), S. 3286.

Rechts umfasst es das Recht auf informationelle Selbstbestimmung. Also dem Recht, selbst zu entscheiden, wann und in welchem Umfang persönliche Tatsachen und Sachverhalte offenbart werden. Weiterhin umfasst es das Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme. Weitere Bestandteile des Persönlichkeitsrechts sind der Schutz der persönlichen Ehre, das Recht am eigenen Bild, eigenen Wort und am eigenen Namen sowie das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung.³⁶⁸

Bezüglich der „Stabilität des Finanzsystems“ verweist die Begründung auf die Begrifflichkeit aus dem Kreditwesengesetz³⁶⁹. Es sei ausreichend, wenn das deutsche Finanzsystem gefährdet ist.³⁷⁰

Problematisch erscheint, dass nach dem Wortlaut der Norm ein rechtswidriges Handeln der Behörde bzw. das Fehlen von Rechtfertigungsgründen für den Eingriff in diese Rechtsgüter als Tatbestandsmerkmal nicht gefordert wird. Dabei handelt es sich vermutlich nicht einfach um einen redaktionellen Fehler, also dass das Einfügen dieses Tatbestandsmerkmals schlicht vergessen wurde. Das lässt sich daraus ableiten, dass dieses Tatbestandsmerkmal in § 37a Abs. 2 BeamStG-E enthalten ist und die beiden Normen – § 37a Abs. 1 Nr. 3 BeamStG-E und § 37 Abs. 2 BeamStG-E – in einem Stufenverhältnis zueinanderstehen. Auch wenn die Überschrift von § 37a BeamStG-E von „rechtswidrigen Diensthandlungen“ spricht, wird daher eine Auslegung, welche „infolge einer rechtswidrigen dienstlichen Handlung“ als weiteres Tatbestandsmerkmal über den Wortlaut hinaus fordert, zu weitgehend sein.

Damit ist die Bestimmung des § 37a Abs. 1 Nr. 3 BeamStG-E im Ergebnis äußerst weitgehend. Denn staatliches Handeln greift, z. B. mit Hinblick auf das Gewaltmonopol, regelmäßig in solche Rechtsgüter ein. So stellt sich die Frage, ob die Freiheit einer Person bedroht ist, wenn ein Haftbefehl ergangen ist und der Polizeivollzugsdienst diesen durchsetzen möchte. Aus Sicht des Betroffenen ist seine Freiheit der Person sicherlich bedroht, auch wenn der Eingriff rechtmäßig erfolgt. Die Norm lässt daher die Interpretation zu, dass im Bereich der staatlichen Eingriffsverwaltung jedwedes Behördenhandeln whistleblowingfähig sein soll.

³⁶⁸ Alpmann-Pieper (2010), S. 888 f.

³⁶⁹ § 8 Abs. 7, § 48a Abs. 2 KWG.

³⁷⁰ Deutscher Bundestag, Drucksache 17/9782, S. 12.

Möglicherweise wurde die Formulierung aus § 612b Abs. 2 Nr. 1 BGB-E vorschnell für den öffentlichen Sektor übernommen, ohne zu bedenken, dass, im Gegensatz zu privaten Unternehmen, staatliche Behörden oftmals zu Eingriffen in solche Rechtsgüter befugt bzw. sogar aufgefordert sind.

5.1.2 Anzeigen gegenüber der Öffentlichkeit

Während § 37a Abs. 1 BeamStG-E ein Anzeigerecht außerhalb des Dienstwegs gegenüber zuständigen außerbehördlichen Stellen begründet, soll es § 37a Abs. 2 BeamStG-E Beamtinnen und Beamten ermöglichen, sich direkt an die Öffentlichkeit wenden zu können. Unter den Begriff „Öffentlichkeit“ sollen neben den Medien auch Veröffentlichungen im Internet fallen³⁷¹. Voraussetzung ist, dass einem gewichtigen Rechtsgut³⁷² eine gegenwärtige erhebliche Gefahr droht. Die Gesetzesbegründung führt aus, dass sich die „Erheblichkeit“ auf die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts und den Umfang des drohenden Schadens bezieht³⁷³. Weiterhin muss diese Gefahr infolge einer „rechtswidrigen dienstlichen Handlung oder Unterlassung“ der jeweiligen Behörde drohen. Rechtswidrig sind all jene dienstlichen Handlungen, die im Widerspruch zur Rechtsordnung stehen³⁷⁴. Durch den Begriff der Unterlassung sollen Fälle erfasst werden, in denen die jeweilige Behörde nicht aktiv gehandelt, sondern Fehlverhalten Dritter wissentlich geduldet hat³⁷⁵. Wie in den Fällen des § 37a Abs. 1 BeamStG-E ist eine auf Tatsachen gestützte subjektive Einschätzung der Beamtinnen und Beamten ausreichend.

5.2 Verhältnis zur sogenannten Flucht in die Öffentlichkeit

5.2.1 Begriff der Flucht in die Öffentlichkeit

Der GKÖD umschreibt die „Flucht in die Öffentlichkeit“ als „... nicht notwendig pflichtwidrige Handlung eines Beamten, eine Angelegenheit aus dem

³⁷¹ Deutscher Bundestag, Drucksache 17/9782, S. 12.

³⁷² Die in der Norm genannten Rechtsgüter sind nicht abschließend.

³⁷³ Deutscher Bundestag, Drucksache 17/9782, S. 12.

³⁷⁴ Vgl. Alpmann-Pieper (2010), S. 971.

³⁷⁵ Deutscher Bundestag, Drucksache 17/9782, S. 12.

Verantwortungsbereich seines Dienstherrn der Öffentlichkeit zu unterbreiten, um von daher lenkenden Druck auf einen dienstinternen Meinungsbildungs- oder Entscheidungsvorgang zu erzeugen.³⁷⁶ Öffentlichkeit meint damit einen Bereich, in welchem die Weiterverbreitung der Äußerung nicht mehr vom Beamten oder von seinem Dienstherrn gesteuert werden kann³⁷⁷. Zur „Öffentlichkeit“ gehören auch andere staatliche Stellen, die nicht berechtigt sind, ein durch die Verschwiegenheitspflicht geschütztes Geheimnis zu erfahren³⁷⁸. Der Äußerungsgegenstand einer Flucht in die Öffentlichkeit betrifft Angelegenheiten, die zunächst auf dem Dienstweg zu klären sind. Weiterhin muss die Angelegenheit in den Verantwortungsbereich des Dienstherrn fallen. Dieser muss also die Möglichkeit haben, die Angelegenheit zu regeln.³⁷⁹ In Abgrenzung zu einem reinen Verstoß gegen die Verschwiegenheitspflicht ist das entscheidende Merkmal einer Flucht in die Öffentlichkeit die Absicht, Druck auf den Dienstherrn auszuüben. Der Beamte möchte die Öffentlichkeit nicht nur informieren, sondern auf einen innerdienstlichen Meinungsbildungs- oder Entscheidungsvorgang bestimmend Einfluss nehmen. Kern des Dienstvergehens „Flucht in die Öffentlichkeit“ ist damit die „Druckerzeugung“ als Handlungszweck. Die Macht der öffentlichen Meinung wird dabei als Mittel zum Zweck genutzt.³⁸⁰ In diesem Zusammenhang wird der Beweggrund des Handelns bzw. der Handlungszweck, welcher eigentlich ein subjektives Unrechtselement ist, in den objektiven Tatbestand hinein genommen. Es kommt also nicht darauf an, ob eine Angelegenheit an die Öffentlichkeit gelangt, und ob tatsächlich Druck ausgeübt wird, sondern ob die Beamtin oder der Beamte dieses gewollt hat.³⁸¹ Die Flucht in die Öffentlichkeit ist allerdings nicht automatisch pflichtwidrig, denn der Begriff bezeichnet einen Verhaltenstypus nicht aber einen Unrechtstypus. Eine Beamtin oder ein Beamter könnte aus der Pflicht für die Erhaltung der freiheitlichen demokratischen Grundordnung einzutreten sogar zur Flucht in die

³⁷⁶ Weiß (2011), J 630 Rn. 3; Weiß (1984), S. 130.

³⁷⁷ Weiß (2011), J 630 Rn. 4. Zustimmend Thiele (1985), S. 146, der ergänzt, dass „Öffentlichkeit“ im Gegensatz zum dienstlichen Adressatenkreis steht und als „nichtdienstlicher Adressatenkreis“ bezeichnet werden kann.

³⁷⁸ Weiß (2011), J 630 Rn. 47.

³⁷⁹ Weiß (2011), J 630 Rn. 8.

³⁸⁰ Weiß (2011), J 630 Rn. 9. So auch Thiele (1985), S. 146.

³⁸¹ Weiß (2011), J 630 Rn. 10.

Öffentlichkeit verpflichtet sein. Auch kann der Beamte unter verfassungsrechtlicher Abwägung ausnahmsweise berechtigt sein, die Öffentlichkeit einzuschalten.³⁸²

Pflichtwidrig ist die Flucht in die Öffentlichkeit dann, wenn die „Pflicht zur Zurückhaltung im Verkehr mit der Öffentlichkeit“ verletzt wird. Das typische disziplinare Unrecht liegt dabei in der besonderen Form der Treuwidrigkeit, der Illoyalität. Tritt der Beamte an die Öffentlichkeit, ohne die gebotene Zurückhaltung zu berücksichtigen, bricht er das ihm entgegengebrachte Vertrauen seines Dienstherrn.³⁸³ Eine pflichtwidrige Flucht in die Öffentlichkeit kann aufgrund des Tatbestandmerkmals der „Druckerzeugung“ nur vorsätzlich begangen werden³⁸⁴. Daneben kann der Beamte in diesem Zusammenhang gegen weitere Dienstpflichten verstoßen. Zum Beispiel gegen den Dienstwegvorbehalt, die Verschwiegenheitspflicht und die Gehorsamspflicht.³⁸⁵ Sinn und Zweck, die Flucht in die Öffentlichkeit als Pflichtverletzung zu werten und disziplinarisch zu verfolgen, liegen in der Sicherstellung eines geordneten Ablaufs der öffentlichen Verwaltung. Der dienstliche Meinungsbildungs- und Entscheidungsprozess soll nicht durch sachfremde Einwirkungen belastet werden.³⁸⁶

5.2.2 Verfassungsrechtliches Spannungsverhältnis

Diese Kriterien der Flucht in die Öffentlichkeit werden auch auf Whistleblower angewandt³⁸⁷. Whistleblowing und die Flucht in die Öffentlichkeit stehen in einem verfassungsrechtlichen Spannungsverhältnis. Auf der einen Seite wirken die Grundrechte der Meinungsäußerungsfreiheit und die Gewährleistung des Petitionsrechts und auf der anderen Seite die auf Art. 33 Abs. 5 GG beruhende Pflichtenbindung der Beamtinnen und Beamten.³⁸⁸

³⁸² Weiß (2011), J 630 Rn. 11.

³⁸³ Weiß (2011), J 630 Rn. 13, 28.

³⁸⁴ Weiß (2011), J 630 Rn. 77.

³⁸⁵ Weiß (2011), J 630 Rn. 14, 21.

³⁸⁶ Vgl. BVerfG, 21.06.2006, 2 BvR 1780/04, NVwZ, 2006, S. 1283.

³⁸⁷ Deiseroth (2004), S. 300; vgl. auch die Fallbeispiele in Weiß (1984), S. 129.

³⁸⁸ Weiß (2011), J 630 Rn. 17.

Die Verfassungsrechtsgüter der Meinungsfreiheit und der dienstlichen Pflichtenbindung sind daher im Wege einer Güterabwägung zum Ausgleich zu bringen. Dabei ist auch zu berücksichtigen, ob die Flucht in die Öffentlichkeit das mildeste Mittel war, um auf die als kritikwürdig angesehene dienstliche Angelegenheit einzuwirken.³⁸⁹ In der Folge werden Beamtinnen und Beamte regelmäßig zuerst schonendere Wege beschreiten müssen, bevor sie den Weg in die Öffentlichkeit wählen³⁹⁰. Aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit folgt, dass eine Flucht in die Öffentlichkeit nur in Betracht gezogen werden kann, wenn der Äußerungsgegenstand gewichtig genug ist. Bei der Beurteilung der Verhältnismäßigkeit spielt es auch eine Rolle, an welche Öffentlichkeit sich die Beamtin oder der Beamte wendet. Es macht einen Unterschied, ob dies die Presse oder zum Beispiel eine staatliche Stelle ist.³⁹¹ Das Bundesverfassungsgericht betont allerdings stark den Vorrang der internen Meldung. Beamtinnen und Beamte, die verfassungswidrige Vorgänge in ihrer Behörde zu erkennen glauben, müssten zunächst an ihre Vorgesetzten herantreten. Auch wenn die Vorgesetzten nicht reagierten oder deren Unterrichtung offensichtlich keinen Erfolg verspricht, soll der Dienstweg gegebenenfalls bis zum verantwortlichen Minister weiter verfolgt werden. Die Pflicht zur Treue und Loyalität gegenüber dem Dienstherrn sowie zur Achtung der berechtigten Belange der Verwaltung verpflichtet den Grundrechtsträger, „... zunächst die in der institutionellen Ordnung der Verwaltung und des demokratischen Staates liegenden Abhilfemöglichkeiten auszuschöpfen, bevor er ein in seinen Folgen von ihm nicht übersehbaren und beherrschbaren Weg in die Öffentlichkeit beschreitet.“³⁹² Sofern ein schwerer Verstoß gegen die verfassungsmäßige Ordnung vorliegt, wird eine Offenlegung nicht als Dienstvergehen angesehen³⁹³. Insgesamt ergibt sich eine gewisse Stufenfolge, die dazu führt, dass die Flucht in die Öffentlichkeit das letzte Mittel

³⁸⁹ Weiß (2011), J 630 Rn. 18.

³⁹⁰ Lohse (2003), S. 239.

³⁹¹ Weiß (2011), J 630 Rn. 19.

³⁹² BVerfGE 28, 191, 204 f. Kritisch hierzu Beer, der in der Formulierung des Gerichts "nicht übersehbarer und beherrschbarer Weg in die Öffentlichkeit" eine überkommene Gegenübersetzung von Staat und Öffentlichkeit sieht, Beer (1985), S. 332. Dem Erfordernis der vollen Dienstwegausschöpfung zustimmend, Thiele (1985), S. 146.

³⁹³ Beer (1985), S. 337.

ist³⁹⁴. Für die einzelne Beamtin oder den einzelnen Beamten ist allerdings die Abgrenzung von Behördenmissständen, welche sofort an die Öffentlichkeit gebracht werden dürfen, von solchen, die zuerst auf den Dienstweg zu rügen sind, schwierig und mit großer Rechtsunsicherheit verbunden³⁹⁵.

Bei der Flucht in die Öffentlichkeit in Zusammenhang mit einer Petition ist das typische Fehlverhalten, dass dienstbezogene Angelegenheiten nach „außen“ getragen werden. In Abgrenzung hierzu zählen zum „Innenbereich“ zumindest die Stellen, welche § 49 LBG nennt und über dessen Wortlaut hinaus alle für den Beamten zuständigen Stellen der Personalvertretung. Dabei ist jedoch zu beachten, dass in diesen Fällen dann zwar keine Flucht in die Öffentlichkeit vorliegt, jedoch andere Pflichtverletzungen durchaus gegeben sein können. Denn das Petitionsrecht stellt keinen Rechtfertigungsgrund für Pflichtverletzungen dar.³⁹⁶ Bei einer Offenbarung gegenüber dem Parlament stellt sich auch insbesondere die Frage, wie es zu beurteilen ist, wenn dieses oder einzelne Abgeordnete den Vorgang an die Öffentlichkeit bringen, um im Sinne einer Flucht in die Öffentlichkeit Druck auszuüben. Regelmäßig unproblematisch dürften Petitionen in persönlichen Angelegenheiten sein. Handelt es sich um dienstliche Angelegenheiten, sollten sich die Petenten zuvor um eine behördeninterne Abhilfe bemüht haben, wenn sie nicht Gefahr laufen wollen, dienstrechtlich belangt zu werden.³⁹⁷ Auch wenn der Dienstweg erschöpft ist und sich die Frage stellt, ob nun eine Flucht in die Öffentlichkeit angetreten werden darf, muss eine Abwägung der berührten Verfassungsrechtsgüter im Einzelfall vorgenommen werden. Hierbei wiegt vor allem das dienstliche Geheimhaltungsinteresse schwer.³⁹⁸ Im Ergebnis ist die Flucht in die

³⁹⁴ Thiele (1985), S. 147.

³⁹⁵ Beer (1985), S. 338.

³⁹⁶ Weiß (2011), J 630 Rn. 47.

³⁹⁷ Beer (1985), S. 339 mit Verweis auf die Rechtsauffassung des Ältestenrats des baden-württembergischen Landtags, der zugleich „diese öffentlichkeitsfeindlichen Ansichten“ kritisiert und fordert, dass der Schritt zum Parlament niemals eine Disziplinierung nach sich ziehen dürfe.

³⁹⁸ Weiß (2011), J 630 Rn. 52; hingegen hält Beer eine Flucht in die Öffentlichkeit für zulässig, wenn intern alle Möglichkeiten ausgeschöpft worden sind aber keine Abhilfe erfolgte, sowie bei schweren Verstößen, Beer (1985), S. 337.

Öffentlichkeit nur in seltenen Ausnahmefällen kein Dienstvergehen³⁹⁹. Sie kann allerdings sogar über die Medien in wirklichen Ausnahmefällen rechtmäßig sein, wenn alles getan wurde, die Angelegenheit dienstlich zu klären und es der Beamtin oder dem Beamten unzumutbar ist, zu schweigen⁴⁰⁰.

5.2.3 Flucht in die Öffentlichkeit als Fallkonstellation des Anzeigerechts

Der Handlungstypus einer sog. „Flucht in die Öffentlichkeit“ ist nicht kodifiziert. Um zu ermitteln, ob der Anwendungsbereich des § 37a Abs. 1 und 2 BeamStG-E eine Flucht in die Öffentlichkeit erfasst, muss die unter 5.2.1 und 5.2.2 erfolgte Typisierung mit dem Ergebnis der Auslegung der Norm (5.1) abgeglichen werden.⁴⁰¹ Die wesentlichen Merkmale einer Flucht in die Öffentlichkeit sind, dass ein tauglicher Äußerungsgegenstand zur Durchsetzung eines Interesses („Druckerzeugung“) an die Öffentlichkeit getragen wird⁴⁰².

Anzeigen gegenüber einer zuständigen außerbehördlichen Stelle

Zunächst ist zu klären, ob die zuständige außerbehördliche Stelle unter den Begriff der „Öffentlichkeit“ subsumiert werden kann. Es handelt sich dabei um diejenige Stelle, die für die Beseitigung des in Rede stehenden Missstandes zuständig ist. Daneben erlaubt § 37a Abs. 1 BeamStG-E explizit das Verlassen des Dienstwegs. Da die Anzeige gegenüber einer anderen Behörde und außerhalb des Dienstwegs erfolgen kann, verlässt sie den Bereich, in welchem der Beamte oder sein Dienstherr die Weiterverbreitung noch steuern könnten. Damit ist das Begriffsmerkmal „Öffentlichkeit“ bereits erfüllt⁴⁰³. Ein tauglicher Äußerungsgegenstand liegt vor, wenn die Angelegenheit in den Verantwortungsbereich des Dienstherrn fällt⁴⁰⁴. Das dürfte ohne Weiteres anzunehmen sein, da ansonsten aufgrund des fehlenden dienstlichen Bezugs gar kein Whistleblowing vorliegen würde. Das Begriffsmerkmal der Druckerzeugung

³⁹⁹ Dies stellt Dieter Deiseroth unter Bezugnahme auf die herrschende Meinung fest, Deiseroth (2004), S. 300 m. w. N.

⁴⁰⁰ Weiß (2011), J 630 Rn. 64.

⁴⁰¹ Vgl. Weiß (1984), S. 130.

⁴⁰² Weiß (1984), S. 130.

⁴⁰³ Vgl. Weiß (1984), S. 130 f., welcher auch explizit das Erstellen einer Strafanzeige dem Bereich der „Öffentlichkeit“ zuordnet.

⁴⁰⁴ Weiß (1984), S. 131.

ist erfüllt, wenn die Beamtin oder der Beamte durch die Verbündung mit der jeweils angesprochenen Öffentlichkeit auf einen vergangenen, laufenden oder künftigen innerdienstlichen Meinungsbildungs- und Entscheidungsfindungsprozess Einfluss nehmen möchte⁴⁰⁵. Das Begehen und in Kauf nehmen von Straftaten im Sinne der Ziffern 1 und 2 des § 37a Abs. 1 BeamStG-E dürfte jedoch nicht unter einen schützenswerten Bereich der Meinungsbildung einer Verwaltung fallen. Denn in Zusammenhang mit dem disziplinarischen Begriff der Flucht in die Öffentlichkeit soll der Meinungsbildungs- und Entscheidungsfindungsprozess innerhalb der Verwaltung von sachfremden Einwirkungen geschützt werden⁴⁰⁶. Daneben ist das subjektive Element des Wollens der Beamtin oder des Beamten zu berücksichtigen. In den Fällen der Ziffern 1 und 2 sollen Straftaten einer zuständigen Behörde und nicht einer medialen Öffentlichkeit bekannt gegeben werden. Das heißt, es ist gerade keine unsachliche Druckerzeugung gewollt, sondern eine nach rechtstaatlichen Prinzipien verwaltungsmäßig verlaufende Aufarbeitung der Vorfälle. Bei dieser Auslegung wird nicht verkannt, dass die Erstattung einer Strafanzeige gegen den Dienstherrn de lege lata aufgrund der Pflicht zu achtungs- und vertrauensgerechtem Verhalten regelmäßig ein Dienstvergehen darstellt, wenn zuvor nicht verwaltungsintern eine Klärung versucht worden ist⁴⁰⁷. Hingegen dürfte Ziffer 3 des § 37a Abs. 1 BeamStG-E das Merkmal der „Druckerzeugung“ einschließen. Denn in diesen Fällen handelt es sich um „gewöhnliche“ Verwaltungsentscheidungen, die zwar Auswirkungen auf die genannten Rechtsgüter haben, aber deswegen nicht zwangsläufig strafbar oder rechtswidrig sein müssen.

Anzeigen gegenüber der Öffentlichkeit

Hinsichtlich § 37a Abs. 2 BeamStG kann ohne Weiteres angenommen werden, dass ein tauglicher Äußerungsgegenstand und „Öffentlichkeit“ als Begriffsmerkmale erfüllt sind. Diskussionsbedürftig erscheint lediglich, ob das Begriffsmerkmal der „Druckerzeugung“ vorliegt. Da sich in diesen Fällen eine

⁴⁰⁵ Weiß (1984), S. 131 f.

⁴⁰⁶ Vgl. BVerfG, 21.06.2006, 2 BvR 1780/04, NVwZ, 2006, S. 1283.

⁴⁰⁷ Vgl. BVerwG, 13.12.2000, 1 D 34/98, NJW, 2001, S. 3280.

Beamtin oder ein Beamter bereits bei vermuteter „einfacher“ Rechtswidrigkeit von dienstlichen Handlungen an eine mediale Öffentlichkeit wendet, muss davon ausgegangen werden, dass auf den Dienstherrn Druck im Sinne einer Flucht in die Öffentlichkeit ausgeübt werden soll.

5.3 Anzeigerecht und vorhandene Whistleblowing-Regelungen

Der Gesetzentwurf hat es sich selbst zum Ziel gesetzt, den Schutz von Whistleblowern mit verschiedenen Beamtenpflichten abzustimmen und dabei die bestehende Befreiung von der Verschwiegenheitspflicht nach § 37 Abs. 2 Nr. 3 BeamStG fortzuentwickeln⁴⁰⁸. Diese Regelung zur Anzeige von Korruptionsstraftaten wird als einzige vorhandene Whistleblowing-Regelung erkannt⁴⁰⁹. Unklar ist, ob die Initiatoren des Gesetzentwurfs die Einbeziehung des Antrags- und Beschwerderechts und des Remonstrationsverfahrens nicht geprüft haben oder in ihrer Bewertung zu dem Ergebnis gekommen sind, dass dies keine Whistleblowing-Regelungen seien. Sicher ist hingegen, dass im gesamten Gesetzentwurf, einschließlich seiner Begründung, an keiner Stelle Bezug auf das Antrags- und Beschwerderecht⁴¹⁰ oder das Remonstrationsverfahren genommen wird. Die vom Gesetzentwurf angesprochene Abstimmung mit den Beamtenpflichten beschränkt sich daher auf Selbstverständlichkeiten. § 37 Abs. 2 Nr. 3 BeamStG soll dabei neugefasst werden, um deutlich zu machen, dass die Verschwiegenheitspflicht nicht gilt, wenn Beamtinnen und Beamte vom Anzeigerecht des § 37a BeamStG-E Gebrauch machen. Daneben bestimmt § 37a Abs. 3 BeamStG-E, dass Beamtinnen und Beamte in diesem Fall nicht pflichtwidrig handeln. In Bezug auf die Verschwiegenheitspflicht wird die Pflichtwidrigkeit bei Inanspruchnahme des Anzeigerechts damit gleich doppelt ausgeschlossen. Mit diesen Regelungen möchten die Grünen vermutlich „auf Nummer sicher gehen“. Es dürfte aber bereits im Wege der Auslegung klar sein, dass sich keine Dienstpflichtverletzung ergeben kann, wenn eine Beamtin oder ein

⁴⁰⁸ Deutscher Bundestag, Drucksache 17/9782, S. 12.

⁴⁰⁹ Deutscher Bundestag, Drucksache 17/9782, S. 8, „Es bestehen darüber hinaus keine weiteren Regelungen.“

⁴¹⁰ Es wird lediglich auf das Petitionsrecht nach Art. 17 GG und den Dienstwegvorbehalt verwiesen.

Beamter in angemessener Art und Weise, also z. B. nicht rechtsmissbräuchlich, von einem eingeräumten Recht Gebrauch macht. Insofern hat bereits das Anzeigerecht für sich allein eine einschränkende Wirkung auf bestehende Dienstpflichten.

Gravierende rechtliche Auswirkungen auf das Antrags- und Beschwerderecht sowie das Remonstrationsverfahren dürfte das Anzeigerecht nach § 37a BeamtStG-E nicht haben. Das wird durch § 37a Abs. 5 BeamtStG-E auch deutlich gemacht. Bezüglich des Antrags- und Beschwerderechts könnte man zu der Auslegung gelangen, dass in den in § 37a Abs. 1 und 2 BeamtStG-E genannten Fällen der Dienstweg bei einer Anzeige innerhalb der Behörde erst recht entbehrlich sein muss, wenn dieser sogar bei dem Einschalten von außerbehördlichen Stellen nicht eingehalten werden muss. Remonstrations werden hingegen nach dem gewohnten Gang weiterhin notwendig bleiben, will die Beamtin oder der Beamte sich von Haftungsansprüchen befreien. Denn die Rechtsfolge von der eigenen Verantwortung befreit zu werden, enthält nur § 36 Abs. 2 BeamtStG. Das dürfte bei einer erfolglosen Remonstration aber nicht daran hindern, anschließend von den Rechten des § 37a BeamtStG-E Gebrauch machen zu können. Die kulturelle bzw. organisatorische Wirkung einer solchen Regelung wird vermutlich bedeutender ausfallen. Denn wenn derart weitreichende Möglichkeiten des externen Whistleblowings erlaubt werden, wird sich jede Verwaltung gezwungen sehen, die Situation für Hinweisgeber zu verbessern, die intern Missstände melden. So können extensive Anzeigerechte für Führungskräfte positive Anreize darstellen, Vertrauensbeziehungen zu ihren Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern aufzubauen, damit diese nicht aus Furcht vor Repressalien die Vorgesetzten übergehen und Missstände extern anzeigen⁴¹¹.

5.4 Konformität mit höherrangigem Recht

Das Anzeigerecht nach § 37a BeamtStG-E ist dann verfassungskonform, wenn das Gesetz widerstreitende Verfassungsnormen schonend ausgleicht. Auf der

⁴¹¹ Király (2010), S. 896.

einen Seite können die Grundrechte der Meinungsfreiheit und das Petitionsrecht sowie Dienstpflichten, welche die Rechtmäßigkeit und die Verpflichtung auf das Gemeinwohl beinhalten sowie das Öffentliche Interesse selbst⁴¹² in die Güterabwägung eingebracht werden. Auf der anderen Seite stehen die Treue- und Loyalitätspflicht, die Verschwiegenheitspflicht, das Dienstweggebot, die Pflicht zu achtungs- und vertrauenswürdigem Verhalten, die Gehorsamspflicht und die Beratungs- und Unterstützungspflicht. Unter 5.2.3 konnte bereits gezeigt werden, dass die Anzeigerechte nach § 37a Abs. 1 Nr. 3 und Abs. 2 BeamStG-E die Tatbestände einer Flucht in die Öffentlichkeit abdecken dürften. Wie unter 5.2.2 dargelegt, muss bei der Abwägung der o. g. Verfassungsgüter die Flucht in die Öffentlichkeit das mildeste Mittel sein, um auf den Missstand einzuwirken. Da es in aller Regel mildere Mittel geben wird, kann eine Flucht in die Öffentlichkeit nur bei schweren Verstößen gegen die verfassungsmäßige Ordnung zulässig sein. Alternativ könnte eine Flucht in die Öffentlichkeit zulässig sein, wenn alle internen Möglichkeiten ausgeschöpft worden sind, aber keine Abhilfe erfolgte⁴¹³. Die Anzeigerechte nach § 37a Abs. 1 Nr. 3 und Abs. 2 BeamStG-E machen aber weder einen schweren Verstoß gegen die verfassungsmäßige Ordnung noch das vorhergehende Bemühen um interne Abhilfe zur Voraussetzung. Sie berücksichtigen daher nicht ausreichend die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums⁴¹⁴ und sind damit nicht verfassungskonform.

Die Anzeigerechte nach § 37a Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 BeamStG-E bringen die betroffenen Verfassungsgüter schonender in Ausgleich. Es wird nicht einem Prinzip der bedingungslose Vorrang eingeräumt. Zum einen wird das Anzeigerecht auf schwere Rechtsverstöße begrenzt, an deren Verhinderung und Aufklärung ein großes öffentliches Interesse besteht. Zum anderen wird auch nicht die Flucht in die Medienöffentlichkeit erlaubt.

⁴¹² Wie unter 4.4 gezeigt, kommt dem öffentlichen Interesse bei der Güterabwägung nach Art. 10 EMRK große Bedeutung zu.

⁴¹³ Beer (1985), S. 337.

⁴¹⁴ Dass die Berücksichtigung der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums keine hohe Priorität genießt, verwundert auch nicht, denn die Bundestagsfraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN wollte diese schon einmal gänzlich abschaffen, Deutscher Bundestag, Drucksache 13/4730.

5.5 Zwischenergebnis

Durch die Auslegung des Anzeigerechts konnte dessen Anwendungsbereich näher bestimmt werden. Anschließend konnte gezeigt werden, dass die Anzeigerechte nach § 37a Abs. 1 Nr. 3 und Abs. 2 BeamStG-E die Tatbestände einer Flucht in die Öffentlichkeit abdecken und in der Gesamtabwägung nicht verfassungskonform sein dürften. Weiterhin wurde deutlich, dass der Gesetzentwurf sein selbst gesetztes Ziel, das Anzeigerecht mit verschiedenen Beamtenpflichten abzustimmen, nicht erfüllen kann. Dazu hätte er das Anzeige- und Beschwerderecht sowie das Remonstrationsverfahren mit in die Betrachtung einbeziehen müssen.

6 Vorschlag zur systemkonformen Verankerung von Whistleblowing im Beamtenrecht

Das Anzeigerecht nach § 37a BeamStG-E kann demnach nicht in der vorgesehenen Ausgestaltung Gesetz werden. Da aber ein gesetzgeberischer Handlungsbedarf besteht, Whistleblowing insgesamt rechtssicherer zu machen und externes Whistleblowing in stärkerem Maße zuzulassen, wird ein Vorschlag zur verfassungskonformen Umgestaltung und Ergänzung des Gesetzentwurfs gemacht. Dabei soll der Fortentwicklungsauftrag wahrgenommen werden, im Rahmen einer offeneren Gesellschaft und eines sich wandelnden öffentlichen Sektors, Anzeigemöglichkeiten auszubauen. Damit soll auch eine Neubewertung der Verhaltenspflichten der Beamtinnen und Beamten gefördert werden. Der Gesetzgeber soll zum Ausdruck bringen, dass es wünschenswert ist, wenn Beamtinnen und Beamte die Rechtmäßigkeit des Verwaltungshandelns eigenständig und kritisch prüfen und gegen Missstände vorgehen. Allerdings soll die gesetzliche Regelung keine Informationsweitergabe an die Medienöffentlichkeit zulassen. Denn sowohl nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts⁴¹⁵ als auch der Literatur kann eine Information an die Medien nur Ultima Ratio sein⁴¹⁶. Dabei ist auch zu sehen, dass im Unterschied zur privaten Wirtschaft es im öffentlichen Sektor eine umfassend angelegte

⁴¹⁵ BVerfGE 28, S. 191.

⁴¹⁶ Schulz (2008), S. 93 m. w. N.

Dienstaufsicht gibt. Höhere Behörden haben gegenüber nachgeordneten Behörden eine Aufsichts- und Weisungsbefugnis. Diese Behörden dienen u. a. dazu, Pflichtwidrigkeiten zu verhindern.⁴¹⁷ Allerdings soll in gravierenden Fällen externes Whistleblowing zugelassen werden. Denn ansonsten kann es am Druck fehlen, bei internen Hinweisen verantwortungsvoll zu handeln⁴¹⁸. Neben der Schaffung eines Anzeigerechts für externes Whistleblowing soll das Antrags- und Beschwerderecht durch eine rechtsklare Formulierung in seiner Bedeutung als interne Whistleblowing-Regelung gestärkt werden. Beide Regelungen zusammengenommen machen eine Änderung des Remonstrationsverfahrens überflüssig, denn eine erfolglose Remonstration schließt die Inanspruchnahme des Anzeigerechts oder des Antrags- und Beschwerderechts nicht aus. Im Übrigen liegt ein Schwerpunkt des Verfahrens in der Haftungsfreistellung der remonstrierenden Beamten. Ein solches Element ist Whistleblowing-Regelungen fremd. Auch deswegen sollte das Remonstrationsverfahren eigenständig und separat bestehen bleiben. Das Anzeigerecht wird Auswirkungen auf die Kritikkultur haben, was auch dem Umgang mit Remonstrationen zugutekommen wird. Denn das Hauptproblem des Remonstrationsverfahrens ist kein rechtliches, sondern ein Akzeptanzproblem.

Änderung des Beamtenstatusgesetzes:

- § 37 Abs. 2 Nr. 3 entfällt.

Auf die von den GRÜNEN vorgeschlagene Formulierung: „[...] Beamtinnen und Beamte rechtmäßig von ihren Rechten nach § 37a Gebrauch machen.“ kann verzichtet werden.

- Nach § 37 wird folgender § 37a eingefügt:

„§ 37a

Anzeigerecht bei rechtswidrigen Diensthandlungen

Gelangen Beamtinnen und Beamte aufgrund konkreter Anhaltspunkte zu der Auffassung, dass

⁴¹⁷ Franke (2009), K § 3, Rn. 12.

⁴¹⁸ Groneberg (2011), S. 37.

1. eine Angehörige oder ein Angehöriger ihrer jeweiligen Behörde oder Dienststelle im Zusammenhang mit der behördlichen Tätigkeit eine *von Amts wegen zu verfolgende* Straftat begangen hat,
2. eine Angehörige oder ein Angehöriger ihrer jeweiligen Behörde oder Dienststelle im Zusammenhang mit der behördlichen Tätigkeit *von Amts wegen zu verfolgende* Straftaten Dritter wissentlich in Kauf genommen hat, oder
3. *infolge einer rechtswidrigen dienstlichen Handlung oder Unterlassung ihrer jeweiligen Behörde oder Dienststelle eine erhebliche Gefahr insbesondere für Leben, Körper Gesundheit, Persönlichkeitsrecht, Freiheit der Person, Stabilität des Finanzsystems oder für die Umwelt droht,*
sind sie berechtigt, *dies ohne Einhaltung des Dienstwegs der zuständigen obersten Dienstbehörde, der zuständigen Aufsichtsbehörde, einer Strafverfolgungsbehörde oder einer durch Landesrecht bestimmten weiteren Behörde oder außerdienstlichen Stelle anzuzeigen.*“

Die kursive Schrift hebt die Änderungen zum Entwurf hervor. § 37a Abs. 2 BeamStG-E sollte nicht umgesetzt werden, da Zweifel an der Verfassungskonformität bestehen. Die Absätze 3 – 5 des § 37a BeamStG-E wurden nicht untersucht und werden bei diesem Gesetzesvorschlag daher ausgeklammert.⁴¹⁹ Die Vorschrift soll auf Straftaten, die von Amts wegen verfolgt werden, abzielen, weil manche Straftaten die Allgemeinheit nur wenig berühren. Bei diesen „Antragsdelikten“ wird die Strafverfolgung vom Verfolgungsinteresse des Verletzten abhängig gemacht.⁴²⁰ Da Whistleblowing aber gerade im öffentlichen Interesse erfolgen soll, erscheint es angemessen, solche Antragsdelikte aus dem Anwendungsbereich der Norm herauszunehmen. Bezüglich des Adressatenkreises wird die Formulierung des heutigen § 37 Abs. 2 Nr. 3 BeamStG übernommen und um zuständige Aufsichtsbehörden ergänzt. Die

⁴¹⁹ Weiteren Änderungsbedarf löst die Streichung von § 37 Abs. 2 Nr. 3 BeamStG und das Einfügen von § 37a BeamStG-E hinsichtlich § 57 LBG aus.

⁴²⁰ Krey/Esser (2011), Rn. 237.

Regelung soll so die nötige Flexibilität bieten, dass sich Beamtinnen und Beamten situationsangemessen an den aus ihrer Sicht geeignetsten Adressaten wenden können. Gleichzeitig soll die Öffnungsklausel für die Länder weiterhin zusätzliche Adressaten, wie z. B. Vertrauensanwälte, ermöglichen.

Ergänzung von § 49 Abs. 1 LBG (Anträge, Beschwerden, Vertretung):

„Beamtinnen und Beamte können Anträge stellen und Beschwerden vorbringen; hierbei ist der Dienstweg einzuhalten. Richten sich Beschwerden gegen unmittelbare *oder höhere* Vorgesetzte, so können sie bei den *jeweils* nächsthöheren Vorgesetzten unmittelbar eingereicht werden. Der Beschwerdeweg bis zur obersten Dienstbehörde steht offen. *Beamtinnen und Beamte können jederzeit Eingaben unmittelbar an den Landtag oder kommunale Vertretungskörperschaften richten. In den Fällen von Satz 4 handelt es sich bei den Eingaben nicht um Mitteilungen im dienstlichen Verkehr im Sinne von § 37 Abs. 2 Nr. 1 Beamtenstatusgesetz.*“

Die Ergänzungen dienen der Rechtsklarheit und der Rechtssicherheit. Dadurch wird der von der Literatur anerkannte Status quo in den Gesetzestext übertragen. Lediglich die Einbeziehung der kommunalen Vertretungskörperschaften beendet einen in der Literatur herrschenden Streit. § 49 Abs. 1 Satz 5 LBG soll das Antrags- und Beschwerderecht weniger einschränken, sondern vielmehr durch einen Umkehrschluss deutlich machen, dass es sich in den Fällen der Sätze 1 – 3 um Mitteilungen im dienstlichen Verkehr handelt.

7 Gesamtergebnis und Ausblick

Anhand von Fallbeispielen und unter Auswertung der Literatur konnte gezeigt werden, dass Whistleblowing oftmals von großem Nutzen für die Allgemeinheit ist. Geht eine Verwaltung konstruktiv mit solchen Hinweisen um, liegt Whistleblowing auch in ihrem eigenen Interesse. Im Kontrast zum Nutzen von Whistleblowing verhält es sich, dass dieses von den Dienstherren häufig nicht gefördert, sondern sanktioniert wird. In diesem Zusammenhang wurde vor allem auf die Probleme zwischen Vorgesetzten und Mitarbeiter/-innen eingegangen, die

sich im Falle einer Remonstration ergeben können. Im Zusammenhang mit der Rechtsprechung und der sog. Flucht in die Öffentlichkeit konnte dargelegt werden, dass Whistleblowing kein grundsätzlich neues Phänomen ist. In Deutschland wurde allerdings lange der Aspekt des öffentlichen Interesses ausgeblendet. Weiterhin wurden die rechtlichen Rahmenbedingungen für Whistleblowing durch Beamtinnen und Beamte untersucht. Dabei wurde dargelegt, dass der Gesetzgeber durch Art. 33 Abs. 5 GG gebunden ist und daher revolutionäre Veränderungen des Beamtenverhältnisses nicht möglich sind. Weiterhin wurde gezeigt, dass bei der Ausgestaltung und Auslegung des Beamtenrechts die Grundrechte zu beachten sind. Diese können aufgrund des Sonderstatusverhältnisses der Beamtinnen und Beamten jedoch eingeschränkt werden. Daher muss im Wege einer systematischen Verfassungsinterpretation ermittelt werden, welcher Beschränkung die Meinungsfreiheit jeweils unterliegt und wie diese ihrerseits die Dienstpflichten einschränkt. Durch die Einzelfallabwägung verschiedener Verfassungsgüter besteht für potentielle Whistleblower ein kaum einschätzbares rechtliches Risiko. Das Petitionsrecht unterliegt ebenfalls Einschränkungen. So schränkt die Verschwiegenheitspflicht Petitionen mit dienstlichem Bezug stark ein, wenn diese nicht auf dem Dienstweg vorgebracht werden, sondern sich z. B. direkt an die Volksvertretung richten⁴²¹. Richtet sich die Petition nicht an die Volksvertretung, sondern eine „zuständige Stelle“ ist der Dienstweg einzuhalten. Dafür ist in diesen Fällen die Verschwiegenheitspflicht gelockert. Das Petitionsrecht wird in dienstlichen Angelegenheiten durch das Antrags- und Beschwerderecht konkretisiert. Der Anwendungsbereich ist sehr weit gefasst, sodass es als umfassende interne Whistleblowing-Regelung genutzt werden kann. In modernen Arbeits- und Organisationsformen kann allerdings die Frage nach dem richtigen Dienstweg Probleme bereiten. Weiterhin ermöglichen gewisse Ausnahmen von der Verschwiegenheitspflicht Whistleblowing. So dürfen Beamtinnen und Beamten Hinweise auf Korruptionsstraftaten ohne Einhaltung des Dienstwegs direkt an die im Gesetz genannten Stellen weitergeben. Somit konnte gezeigt werden, dass nach geltendem Recht externes Whistleblowing kaum möglich und auch internes

⁴²¹ Nach der herrschenden Meinung stellt es kein Dienstvergehen dar, wenn sich Beamtinnen und Beamte in dienstlichen Angelegenheiten direkt an die Volksvertretung wenden.

Whistleblowing mit Problemen behaftet ist, sodass ein gesetzgeberischer Handlungsbedarf als gegeben angesehen werden kann. Die Untersuchung des Whistleblower-Schutzgesetzes hat ergeben, dass dieses das Remonstrationsverfahren und das Antrags- und Beschwerderecht außer Acht lässt und damit auch keine Abstimmung mit den beiden Regelungen erfolgt ist. Weiterhin konnte gezeigt werden, dass die Abgrenzung zur Flucht in die Öffentlichkeit nicht gelungen bzw. nicht versucht worden ist. Daher sind Teile des Gesetzentwurfs nicht verfassungskonform. Soweit der Gesetzentwurf zu stark mit den hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums in Konflikt geraten würde, wurde dieser verfassungskonform überarbeitet. Daneben wurde ein Vorschlag zur Optimierung des Anzeige- und Beschwerderechts gemacht, welcher sich auf die herrschende Meinung in der Literatur stützt.

Mindestens so wichtig, wie die Ausgestaltung von Rechtsvorschriften zum Whistleblowing ist die Herausbildung einer verantwortungsethischen Kultur des Whistleblowings. Eine solche Kultur würde einen wichtigen Beitrag zur Transparenz und zur Aufdeckung von Missständen beisteuern. Dafür bedarf es aber auch einer „ethikfreundlichen Infrastruktur“ in den Dienststellen.⁴²²

Weiterhin dürfen auch die Beschäftigten im öffentlichen Sektor nicht vergessen werden. Sie erfüllen meist dieselben Aufgaben wie die Beamtinnen und Beamten. Insofern sollten auch für sie entsprechende Whistleblowing-Regelungen geschaffen werden.

⁴²² Deiseroth (2004), S. 306.

Literaturverzeichnis

Alpmann-Pieper (2010)

Annegerd Alpmann-Pieper u.a. (Hrsg.): Alpmann Brockhaus – Studienlexikon Recht, 3. Auflage, 2010

Bannenberg (2003)

Britta Bannenberg: Die PRO HONORE-Vertrauensstelle der Hamburger Wirtschaft gegen Korruption: Eine Chance im Kampf gegen Korruption?, Empirische Forschungsergebnisse zur Korruption und notwendige Konsequenzen, <http://resources.transparency.bg/download.html?id=172> [19.12.2012]

Battis (2009)

Ulrich Battis: Bundesbeamtengesetz, 4. Auflage, 2009

Bauer (2008)

Jobst-Hubertus Bauer: Gesetz zur Förderung des Denunziantentums, in: NJW, 2008, Editorial Heft 23

Becker (2012)

Cornelius Becker: Whistleblowing, Anzeigerecht und Anzeigepflicht des Arbeitnehmers in der Privatwirtschaft, Universität Osnabrück, Dissertation, 2012

Becker (2011)

Cornelius Becker: Das Urteil des EGMR zum Whistleblowing: neuer Lösungsweg auch für deutsche Arbeitsgerichte?, in: DB, 2011, S. 2202-2204

Beer (1985)

Klaus Beer: Flucht in die Öffentlichkeit als freie Meinungsäußerung und Rechtsbehelf, in: Hans-Ernst Böttcher (Hrsg.): Recht Justiz Kritik, Festschrift für Richard Schmid zum 85. Geburtstag, 1. Auflage, 1985, S. 327-350

Beilke (2011)

Steffen Beilke: ... und fortzuentwickeln, Optionen zur Fortentwicklung der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums, 1. Auflage, 2011, zugleich Universität Potsdam, Dissertation, 2010

Briegel (2009)

Thorsten Briegel: Einrichtung und Ausgestaltung unternehmensinterne Whistleblowing-Systeme, 1. Auflage, 2009

Brors (2012)

Christiane Brors: „Whistleblowing“ und „Verpfeifen“ bei Verdacht auf Straftaten des Arbeitgebers nach der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte vom 21.7.2011, in: HFR, 2012, S. 9-14

Bultmann (2010)

Antje Bultmann: Whistleblower: Helden des Alltags?, in: Hans Herbert von Arnim (Hrsg.): Defizite in Staat und Verwaltung, 2010

Cornelius/Gester/Woschech (1964)

Joachim Cornelius/Heinz Gester/Franz Woschech: Die Meinungsfreiheit des Beamten, 1964

Dammann/Kutscha (1977)

Klaus Dammann/Martin Kutscha: Meinungs- und Koalitionsfreiheit von Beamten, in: PersV, 1977, S. 47-56

De George (1993)

R. T. De George: Whistle-blowing, in: Enderle (Hrsg.): Lexikon der Wirtschaftsethik, 1993, S. 1275-1278

Deiseroth (2008)

Dieter Deiseroth: Verbesserter Whistleblower-Schutz in Deutschland?, in: Betrifft Justiz 2008, S. 411-416

Deiseroth/Falter (2006)

Dieter Deiseroth/Annegret Falter (Hrsg.): Whistleblower in Gentechnik und Rüstungsforschung, Preisverleihung 2005, 2006

Deiseroth/Falter (2010)

Dieter Deiseroth/Annegret Falter (Hrsg.): Whistleblower in der Steuerfahndung

Deiseroth (2004)

Dieter Deiseroth: Whistleblower-Schutz: Rechtsvergleichende Anmerkungen zur Situation in den USA und in Deutschland, in: Betrifft Justiz, 2004, S. 296-308

Demmke (2005)

Christoph Demmke: Öffentliche Meinung, Ethik und die Reform der öffentlichen Dienste in Europa, in: Patrick von Maravic/Christoph Reichard (Hrsg.): Ethik, Integrität und Korruption – Neue Herausforderungen im sich wandelnden öffentlichen Sektor?, 2005, S. 89-148.

Donato (2009)

Jessica Donato: Whistleblowing, Handlungsempfehlungen für eine nutzenstiftende Umsetzung in deutschen börsennotierten Unternehmen, Technische Universität Dortmund, Dissertation, 2009

Düsel (2009)

Jens Düsel: Gespaltene Loyalität: Whistleblowing und Kündigungsschutz in Deutschland, Großbritannien und Frankreich, 1. Auflage, 2009

Elshorst (2005)

Hansjörg Elshorst: Ergänzende Gedanken aus Sicht von Transparency International (TI), in: Patrick von Maravic/Christoph Reichard (Hrsg.): Ethik, Integrität und Korruption – Neue Herausforderungen im sich wandelnden öffentlichen Sektor?, 2005, S. 181-195

Faust (2008)

Thomas Faust: Vorsorge durch praxisbezogene Verwaltungsethik, in innovative Verwaltung, 2008, S. 24 f.

Faust (2009)

Thomas Faust: Verwaltung zwischen Transparenz und dienstlicher Diskretion, in: Innovative Verwaltung, 2009, S. 22-24

Felix (1993)

Dagmar Felix: Das Remonstrationsrecht und seine Bedeutung für den Rechtsschutz des Beamten, 1993

Franke (2009)

Ingeborg Franke: Kommentar zum Bundesbeamtenengesetz, in: Fürst: GKÖD, Bd. I, 2009

Forst (2011)

Gerrit Forst: Strafanzeige gegen den Arbeitgeber – Grund zur Kündigung des Arbeitsvertrags?, in: NJW, 2011, S. 3477-3482

Fürst (2009)

Walther Fürst: Kommentar zum Bundesbeamtengesetz, in: Fürst: GKÖD, Bd. I, 2009

Graser (2000)

Daniela Graser: Whistleblowing, Arbeitnehmeranzeigen im US-amerikanischen und deutschen Recht, Ludwig-Maximilians-Universität zu München, Inaugural-Dissertation, 2000

Götzl (1961)

Hermann Götzl: Die Einschränkung des Grundrechts der freien Meinungsäußerung durch das Beamtenverhältnis, Friedrich-Alexander-Universität zu Erlangen-Nürnberg, Inaugural-Dissertation, 1961

Groneberg (2011)

Rut Groneberg: Whistleblowing, Eine rechtsvergleichende Untersuchung des US-amerikanischen, englischen und deutschen Rechts unter besonderer Berücksichtigung des Entwurfs eines neuen § 612a BGB, Universität Passau, Dissertation, 2011

Hennemann (2012)

Klaus Hennemann: Kündigung wegen Whistleblowing: „The Heaviest Sanction Possible Under Labour Law“, in: NRV-Info, 2012, S. 39-42

Herdegen (2004)

Matthias Herdegen: Verfassungsinterpretation als methodische Disziplin, in: JZ, 2004, S. 873-879

Herzog (2012)

Roman Herzog: Art. 5 Abs. 1, 2, in: Theodor Maunz/Günter Dürig (Hrsg.): Grundgesetz, Kommentar, Band I, 65. Ergänzungslieferung, 2012

Holtmann (2001)

Everhard Holtmann: Verwaltungsstrukturen und Bürgerorientierung, in: Winfried Kluth (Hrsg.): Verwaltungskultur, 2001, S. 57-74

Jachmann (2010)

Monika Jachmann: Art. 33, in: Hermann v. Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck: Kommentar zum Grundgesetz, 6. Auflage, 2010

Király (2012)

Andrei Király: Whistleblower in Deutschland und Großbritannien - Lehren aus dem Fall Heinisch, in: RdA, 2012, S. 236-240

Király (2010)

Andrei Király: Der Beamte als Whistleblower - Die Zulässigkeit von Korruptionsanzeigen nach den jüngsten Gesetzesänderungen -, in: DÖV, 2010, S. 894-897

Klein (2012)

Hans Hugo Klein: Art. 17, in: Theodor Maunz/Günter Dürig (Hrsg.): Grundgesetz, Kommentar, Band I, 65. Ergänzungslieferung, 2012

Kollmer (2005)

Norbert Franz Kollmer: Arbeitsschutzgesetz, 2005

Krey/Esser (2011)

Volker Krey/Robert Esser: Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Auflage, 2011

Langenfeld (2005)

Christine Langenfeld: Das Petitionsrecht, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.): HStR, Band III, 3. Auflage, 2005

Lecheler (1972)

Helmut Lecheler: Die Treuepflicht des Beamten – Leerformel oder Zentrum der Beamtenpflichten?, in: ZBR, 1972, S. 228-237

Leibholz/Rinck (2012)

Gerhard Leibholz/Hans-Justus Rinck: Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 59. Ergänzungslieferung, 2012

Leisinger (2003)

Klaus M. Leisinger: Whistleblowing und Corporate Reputation Management, 2003

Lohse (2003)

Frank Lohse: Deliktische Haftung für Meinungsäußerungen und Flucht in die Öffentlichkeit, in: ZBR, 2003, S. 235-239

Maravic (2005)

Patrick von Maravic: Dezentrale Korruptionsrisiken als Folge der Transformation des öffentlichen Sektors?, in: Patrick von Maravic/Christoph Reichard (Hrsg.): Ethik, Integrität und Korruption – Neue Herausforderungen im sich wandelnden öffentlichen Sektor?, 2005, S. 25-74.

Mark (2010)

Andreas Michael Mark: Kritik und Remonstration als Instrument der Risikominimierung, in: Raimund Jokiel (Hrsg.): Beiträge zur inneren Sicherheit, 3, 2010, S. 175-184

Marx (1963)

Fritz Morstein Marx: Beamtenethos und Verwaltungsethik – Eine einführende Skizze, in: Verwaltungsarchiv, 1963, S. 323-344

Merten (1999)

Detlef Merten: Beamtenrecht und Beamtenverfassungsrecht, in: Klaus Grupp/Michael Ronellenfitsch (Hrsg.): Planung – Recht – Rechtsschutz, Festschrift für Willi Blümel zum 70. Geburtstag am 6. Januar 1999, 1999, S. 335-356

Near/Miceli (1985)

Janet P. Near/Marcia P. Miceli: Organizational Dissidence: The Case of Whistle-Blowing, in: Journal of Business Ethics, 1985, S. 1-16

Ogorek (2005)

Regina Ogorek: Whistleblowing – oder vom Verpfeifen im Arbeitsrecht und anderswo, in: Armin Höland/Christine Hohmann-Dennhardt/Marlene Schmidt/Achim Seifert (Hrsg.): Arbeitnehmermitwirkung in einer sich globalisierenden Arbeitswelt, Liber Amicorum Manfred Weiss, 2005, S. 539-555

Papier/Krönke (2012)

Hans-Jürgen Papier/Christoph Krönke: Grundkurs Öffentliches Recht 2, Grundrechte, 2012

PwC (2010a)

PricewaterhouseCoopers/Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg (Hrsg.): Compliance und Unternehmenskultur, Zur aktuellen Situation in deutschen Großunternehmen, 2010, abrufbar unter: http://www.pwc.de/de/risiko-management/assets/studie_Compliance-und-Unternehmenskultur.pdf [19.12.2012]

PwC (2010b)

PricewaterhouseCoopers/Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg (Hrsg.): Kriminalität im öffentlichen Sektor 2010, Auf der Spur von Korruption & Co, 2010

Quambusch (2003)

Erwin Quambusch: Die unakzeptierte Remonstrationspflicht – Über ein Krankheitssymptom des Rechtsstaats - , in: PersV, 2003, S. 364-370

Reich (2012)

Andreas Reich: Beamtenstatusgesetz, Kommentar, 2. Auflage, 2012

Schlachter (2012)

Monika Schlachter: Kündigung wegen „Whistleblowing“? – Der Schutz der Meinungsfreiheit vor dem EGMR, in: RdA, 2012, S. 108-112

Schlappa/Kese (2003)

Konstanze Schlappa/Volkmar Kese: Erfüllung der Beamtenpflicht oder Zivilcourage – von Rechts wegen ein Widerspruch?, in: apf 2003, S. 123-131

Schmidt-Jortzig (2009)

Edzard Schmidt-Jortzig: Meinungs- und Informationsfreiheit, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.): HStR, Band VII, 3. Auflage, 2009

Schütz (1970)

Erwin Schütz: Das Beschwerderecht der Beamten, in: PersV, 1970, S. 33-36

Schütz/Maiwald (2012)

Erwin Schütz/Joachim Maiwald: Beamtenrecht des Bundes und der Länder, Kommentar, 344. Aktualisierung, 2012

Schulz (2008)

Corinna Nadine Schulz: Whistleblowing in der Wissenschaft, Rechtliche Aspekte im Umgang mit wissenschaftlichem Fehlverhalten, Universität Hamburg, Dissertation, 2008

Seel (2012)

Henning-Alexander Seel: Recht auf freie Meinungsäußerung – Wo sind die Grenzen des „Whistleblowing“?, in: MDR, 2012, S. 9-12

Sembdner (1977)

Friedrich Sembdner: Der öffentliche Dienst im Blickpunkt der öffentlichen Kritik, in: PersV, 1977, S. 121-124

Simianer (2004)

Robert Simianer: Gehorsam und Verantwortung im Beamtenverhältnis, in: ZBR, 2004, S. 149-159

Sommermann (2001)

Karl-Peter Sommermann: Brauchen wir eine Ethik des öffentlichen Dienstes?, in: Winfried Kluth (Hrsg.): Verwaltungskultur, 2001, S. 39-56

Thiele (1985)

Willi Thiele: Die sogenannte Flucht in die Öffentlichkeit, in: DÖD, 1985, S. 145-148

Tilch/Arloth (2001)

Horst Tilch/Frank Arloth: Deutsches Rechts-Lexikon, 3. Auflage, 2001

Tinnefeld/Rauhofer (2008)

Marie-Theres Tinnefeld/Judith Rauhofer: Whistleblower: Verantwortungsbewußte Mitarbeiter oder Denunzianten? Fragen an Grundrechte, Ethikrichtlinien und Arbeitsrecht, in: Datenschutz und Datensicherheit, 2008, S. 717-723

Wallerath (2001)

Maximilian Wallerath: Reformmanagement als verwaltungskultureller Änderungsprozeß, in: Winfried Kluth (Hrsg.): Verwaltungskultur, 2001, S. 9-37

Weiß (1994)

Hans-Dietrich Weiß: Gehorsamspflicht und Remonstration, Zur Geltungsbreite des Remonstrationsrechts und zur Befolgungspflicht nicht remonstrationsfähiger Anordnungen, in: ZBR, 1994, S. 325-338

Weiß (1984)

Hans-Dietrich Weiß: „Flucht in die Öffentlichkeit“ – Ausdeutung eines vermeintlich bekannten Tatbestandes, in: ZBR, 1984, S. 129-139

Weiß (2011)

Hans-Dietrich Weiß: Disziplinarrecht des Bundes und der Länder, in: Fürst: GKÖD, Bd. II, 2011

Werres (2011a)

Stefan Werres: Beamtenverfassungsrecht, Systematische Darstellung des Berufsbeamtentums auf Grundlage der verfassungsrechtlichen Vorschriften, 2011

Werres (2011b)

Stefan Werres: Der Einfluss der Menschenrechtskonvention auf das Beamtenrecht – Aktuelle Bestandsaufnahme unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, in: DÖV, 2011, S. 873-881

Zängl (2009)

Siegfried Zängl: Kommentar zum Bundesbeamtengesetz, in: Fürst: GKÖD, Bd. I, 2009

Erklärung:

Ich versichere, dass ich diese Master-Thesis selbstständig und nur unter Verwendung der angegebenen Quellen und Hilfsmittel angefertigt habe.

Pforzheim, den 20.12.2012

Jan Gutjahr